

**ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI
IN ONORE DI MAURO VOLPI**

DPCE ONLINE

2037-6677

Estratto del n. 4/2021

Atti della Giornata di studi in onore di Mauro Volpi Presentazione

«Il maestro è colui che, stando più avanti e più alto nella salita, trae a sé; è la guida da cui dipende l'ascesa, ma dal cui passo falso può anche dipendere la rovina. Il magistero è un regno ambiguo e pericoloso in cui la conquista dell'ascensione è appesantita dalla fatica ed è insidiata dalla facilità della caduta. Non è una passeggiata e il maestro e i discepoli non sono turisti»

(G. Zagrebelsky, *Mai più senza maestri*, Bologna, 2019, 5-6.).

La Sezione monografica raccoglie alcuni dei contributi dei Relatori intervenuti alla *Giornata di studi in onore di Mauro Volpi*, tenutasi il 18 ottobre 2018 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia, sul tema "*Costituzione e forme di governo. Esperienza italiana e modelli comparati*".

Alcuni dei contributi si soffermano, in generale, sulla figura di Studioso di Mauro Volpi, richiamandone il fondamentale apporto all'analisi di una serie di temi centrali del diritto pubblico comparato, con particolare riferimento a quelli involgenti le forme di governo. Altri scritti sono, poi, dedicati a diverse aree di ricerca su rilevanti tematiche care a Volpi, partendo sempre dalle opere dell'Autore o con specifico riferimento a queste ultime.

Gli organizzatori della *Giornata* desiderano esprimere, anche in questa sede, la più viva gratitudine al Prof. Volpi per i tanti insegnamenti ricevuti dal Maestro nel loro percorso di studiosi del diritto pubblico comparato, insegnamenti che ne hanno costantemente stimolato la crescita umana, scientifica e la libertà di pensiero.

La grande dedizione all'insegnamento presso l'Università degli Studi di Perugia, tanto più testimoniata dalla prosecuzione di un'intensa e continua attività di ricerca, nonché il costante impegno civile a difesa della Costituzione e della democrazia del Prof. Volpi – impegno culminato nell'assunzione di importanti incarichi istituzionali e nella persistente partecipazione al dibattito democratico – continuano a costituire un vivido esempio per le giovani generazioni di giuristi.

Si esprime, infine, il più sentito ringraziamento alla Direzione ed alla Redazione della Rivista per la pubblicazione degli Scritti.

Maurizio Oliviero, Francesco Clementi, Francesco Duranti, Andrea Pierini

Dal voto popolare alla sentenza del giudice costituzionale: un percorso istruttivo

di Alfonso Di Giovine

Abstract: From popular vote to the constitutional judge's decision: an intriguing pathway – In a constitutional democracy, controlling the decisions of a parliamentary majority is a fundamental principle. Constitutionalism combines democracy and elitism. Hence, control is to be activated by a supreme judge outside the political world (judicial constitutionalism) and not by a parliamentary body (political constitutionalism).

Keywords: Constitutionalism; Judicial review; Political constitutionalism; Judicial constitutionalism; Elitism.

1. Premessa

Anche se al corpo elettorale – *rectius*, ai cittadini individualmente considerati che ne fanno giuridicamente parte – non è conferito altro potere che quello di scegliere rappresentanti senza vincolo di mandato e di indire-partecipare al referendum, oltre che promuovere una per lo più improbabile iniziativa legislativa, realismo impone di non poter prescindere in questo scritto dall'appoggio ortodosso della narrazione *mainstream* che, muovendo dalla corretta valutazione del voto come «principale strumento di manifestazione della sovranità popolare»¹, considera la rappresentanza come «il principio democratico nella sua moderna espressione»² e dunque come «elemento costitutivo della democrazia»³. Questo non significa rinunciare alle più sofisticate posizioni che vedono nell'espressione “democrazia rappresentativa” un potente ossimoro⁴ o che considerano “aristocrazie elettive” le liberaldemocrazie contemporanee⁵ e dunque un abuso

4181

¹ Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014.

² V. Crisafulli, *Per una costituzione democratica* (1945), ora in S. Bartole, R. Bin (cur.), *Veziro Crisafulli, Politica e Costituzione. Scritti “militanti” (1944-1955)*, Milano, 2018, 104.

³ E.-W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazie*, Milano, 2006, 512.

⁴ M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (cur.), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 110; O. Chessa, *Dentro il Leviatano*, Milano-Udine, 2019, 320; A. Di Giovine, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 61.

⁵ Cfr. i lavori di Chessa e di Di Giovine appena citati.

linguistico⁶ chiamare “democrazie” ciò che sarebbe già un azzardo definire “governi rappresentativi”⁷, ma piuttosto adeguarsi alla necessità di contaminare i due approcci e dirottare sulla “democrazia” le argomentazioni che più plausibilmente andrebbero svolte tenendo presente una cultura istituzionale più aggiornata.

Sarebbe infatti una velleitaria fuga nel vuoto non tener conto dei risultati acquisiti dalla tradizione dottrinale e giurisprudenziale che vede nella rappresentanza il meccanismo che più tiene conto della volontà popolare e quindi più funzionale alla “democrazia”: né si può ignorare che i testi costituzionali (vigenti o del passato) è sulla semantica tradizionale – democrazia, popolo, rappresentanza... – che fondano il loro carisma ieratico.

2. Costituzionalismo

Tanto premesso, per spiegare il percorso di cui al titolo, mi sembra opportuno prendere le mosse dal concetto di costituzionalismo come definito da studiosi del secondo dopoguerra.

McIlwain parla di «limitazione legale del governo [e] antitesi del governo assoluto»⁸, mentre Friedrich lo identifica nella divisione del potere⁹; più di recente Dworkin ne parla come della «teoria secondo cui la maggioranza deve essere sottoposta a limitazioni, al fine di proteggere i diritti degli individui»¹⁰, definizione più distesamente articolata da Fioravanti, secondo il quale per costituzionalismo s'intende «quell'insieme di dottrine che a partire all'incirca dalla metà del XVIII secolo hanno in vario modo valorizzato il termine-concetto di “costituzione” al fine di avviare e sostenere il compimento di due operazioni decisive: la progettazione di una forma di governo ispirata al principio della riduzione del contenimento dell'arbitrio politico, e la correlata e inscindibile affermazione storica dei diritti individuali e delle loro forme di garanzia»¹¹.

Si possono aggiungere le definizioni di Pace e di Barberis, delle quali la prima descrive il costituzionalismo come «teoria giuridica dei limiti del potere politico»¹², la seconda ne parla come di «limitazione *giuridica* del potere politico»¹³: anche di quello democraticamente eletto, posto che – come

⁶ P. Pasquino, *Il giudice e il voto*, in *il Mulino*, 2003, 807.

⁷ La formula “governi elettivi” sarebbe la più appropriata, una volta assodato che, anche a causa delle distorsioni indotte da molti sistemi elettorali, non sempre un organo eletto è effettivamente rappresentativo.

⁸ C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Venezia, 1956, 30.

⁹ C. J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia* (1950), Vicenza, s.d., 4: «La divisione del potere è la base del potere civile. È ciò che si intende per costituzionalismo».

¹⁰ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 1982, 254.

¹¹ M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello Stato e della Costituzione fra Otto e Novecento*, II, Milano, 2001, 797.

¹² A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo del XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 890; v. anche A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 37.

¹³ M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, 150; corsivo testuale.

osserva Matteucci – «oggi il costituzionalismo non è altro che il modo attraverso il quale si attua e si realizza un sistema democratico»¹⁴.

A stare a queste definizioni si direbbe che l'essenza del costituzionalismo sia il principio del governo limitato cui fanno riferimento lo stesso Matteucci, Elia¹⁵ e, più recentemente, Toniatti¹⁶: ed in effetti quando esso si inverte storicamente nelle costituzioni del secondo dopoguerra (e ben prima in quella statunitense, integrata – quasi un undicesimo emendamento – dalla sentenza Marshall del 1803) stabilisce come principi-chiave la garanzia della rigidità costituzionale e – come sua consequenzialità, «a garantire, per così dire, la garanzia»¹⁷ – quella della giustizia costituzionale, ambedue funzionali alla limitazione del potere politico.

È molto, ma non è tutto.

È dottrina comune, infatti, che lo Stato costituzionale delineato da quelle costituzioni non si fonda soltanto su norme limitative del potere (*disabling rules*), ma anche su altre che lo autorizzano (*enabling rules*)¹⁸ a conformare le istituzioni e i rapporti fra stato e cittadini secondo tecniche e valori considerati essenziali per definirne l'identità: tali sono la gestione del potere d'indirizzo politico affidato ad organi eletti a suffragio universale¹⁹, la sovranità popolare, la dignità della persona²⁰ salvaguardata dalla tutela dei suoi diritti²¹.

¹⁴ N. Matteucci, *Breve storia del costituzionalismo*, in *Terzo Programma*, 2, 1964, 111; dello stesso autore si veda la definizione descrittiva riportata *ultra* in nota 21.

¹⁵ Si riferisce al governo limitato, diversificandolo dal concetto di separazione dei poteri, N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (cur.), *Il Dizionario di politica*, Torino, 2004, 210. Al governo limitato si richiama anche L. Elia, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. Olivetti, T. Groppi (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 147-8, accennando alla posizione di Madison nel *Federalist*.

¹⁶ R. Toniatti, *Il principio non maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2020, 1158, il quale ribadisce il concetto secondo cui la «forma di Stato costituzionale di diritto [...] porta a completamento la logica di razionalizzazione normativa della nozione di *limited government* e di garanzia dalle insidie della dittatura della maggioranza».

¹⁷ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 222.

¹⁸ Su questa distinzione cfr. S. Holmes, *Passioni e vincoli*, Torino, 1998, 233 ss.; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005, 6 ss.

¹⁹ O, nei regimi parlamentari, al cd. *continuum* maggioritario, composto da un organo eletto e da un altro che gode della sua fiducia.

²⁰ Sul «metavalore» della dignità umana cfr. G. Silvestri, *Considerazioni sul valore della dignità umana*, in *Rivista AIC*, 2008; su tale valore inteso come principio costitutivo delle società democratiche contemporanee attorno al quale si è costruito l'intero costituzionalismo del dopoguerra in Europa, cfr. il recente volume di G. Azzariti, *Diritto o barbarie*, Roma-Bari, 2021, 35 e 137 e *ivi* il richiamo al pensiero di Rodotà. Si veda anche il libro citato *ultra* in nota 315.

²¹ Proprio la tutela dei diritti individuali è posta a fondamento di un'altra definizione di costituzionalismo (diversa da quella proposta *retro sub* nota 14) proposta da N. Matteucci, *Costituzionalismo*, cit. 202: «tecnica giuridica attraverso la quale ai cittadini

Sarebbe bello poter credere che una tale forma di Stato sia assimilabile a una sorta di presepe le cui statuine svolgano disciplinatamente il loro compito, ma un approccio culturale consapevole dimostra che appena il fermo immagine si scioglie in una sequenza in movimento le interdipendenze, le tensioni, le criticità si dipanano in un labirinto da percorrere con ponderazione.

Cominciando dalle criticità più pertinenti al seguito del discorso, se ne addensano di rilevanti sul concetto di sovranità popolare, per cogliere le quali è utile disgiungere il sostantivo dall'aggettivo. Quanto al primo, ho già altrove richiamato²² l'evaporazione del concetto di sovranità (intesa à la Rousseau come *potestas legibus soluta*)²³ in uno stato ispirato ai principi del costituzionalismo (e, prima, del liberalismo, capace già a metà Ottocento di esprimere l'apologia di una sorta di “sovranità” del limite²⁴), il cui valore ultimo e intangibile risiede nell'avversione nei confronti di ogni potere non limitato e nella conseguente vocazione a fungere da *remedium onnipotentiae*²⁵; nel lasciare vuoto dunque il posto della sovranità²⁶ o di farlo normativisticamente occupare dalla Costituzione²⁷, dalla quale tutti i poteri traggono la loro limitata competenza: anche quelli popolari e di derivazione popolare, i quali, in ordinamenti «a sovranità indecisa»²⁸, in quanto di volta in volta soggettivizzabile in vari organi²⁹, non godono di uno status privilegiato.

Passando all'aggettivo “popolare”, esso non è in grado di innescare alcuna significativa sinergia con un termine – “sovranità” – ormai destituito di sostanza: se ne avvede Kelsen quando scrive che la «dottrina della

viene assicurato l'esercizio dei loro diritti e, nel contempo, lo stato è posto nella condizione di non poterli violare».

²² A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. Sicardi (cur.), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 33-34; Id., *Dallo stato liberale alla democrazia costituzionale. Riflessioni critiche sul concetto di sovranità popolare*, in *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, II, Napoli, 2020, 104 ss.

²³ «È essenziale al potere sovrano di non soffrire limitazioni: o può tutto o non può nulla» (J.J. Rousseau, *Lettere della montagna* (1764), in Id., *Scritti politici*, Torino, 1970, 999).

²⁴ Si veda A. Zanfarino (cur.), *Antologia degli scritti politici di Benjamin Constant*, Bologna, 1962: «Quando la sovranità non è limitata, non c'è nessun mezzo per mettere gli individui al riparo dai governi» (62); «Nessuna autorità della Terra è illimitata, né quella del popolo, né quella degli uomini che si dichiarano suoi rappresentanti, né quella dei re, a qualsiasi titolo essi regnino, né quella della legge, che essendo soltanto l'espressione della volontà del popolo o del monarca, secondo la forma di governo, deve essere circoscritta negli stessi limiti dell'autorità da cui emana» (67).

²⁵ L. Elia, *L'esperienza*, cit., 148.

²⁶ P. Rosanvallon, *La legittimità democratica*, Torino, 2015, 136 e 156. Anche per M. Troper, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1988, 65, nocciolo del costituzionalismo «è che bisogna distruggere ogni sovranità, che non vi deve essere alcuna autorità sovrana».

²⁷ E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 586-595.

²⁸ M. Fioravanti, *La costituzione democratica*, Milano, 2018, 270-271.

²⁹ G. Silvestri, *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005, 88 ss.

sovranità popolare [...] è una maschera totemistica»³⁰. In effetti, realisticamente considerato, esso allude, con linguaggio aulico ma anche ossimorico³¹, alle competenze di cui alle prime righe di questo scritto, conferite al corpo elettorale per renderlo coprotagonista della dinamica politico-costituzionale: in particolare è lo snodo rappresentativo quello in cui si consuma la radicale desemantizzazione del concetto di democrazia (da potere del popolo a potere approvato dal popolo) e si determina l'insediamento al vertice del sistema del potere delle *élite*³².

Rinviando a un precedente lavoro per una più articolata argomentazione di quanto qui meramente asserito³³, risulta funzionale al prosieguo di questo scritto il rimarcare, come H. Arendt, che le democrazie contemporanee altro non sono che «governo del popolo *attraverso un'élite scaturita dal popolo*»³⁴ e l'aderire alla posizione di Sartori, secondo il quale «la formula democratica resta una variante – la variante aperta – del principio d'élite»³⁵: si materializza così, certo, un fossato fra i due poli dell'assetto politico-sociale (governanti e governati), ma di tale situazione va colta anche l'attitudine benefica, perché quel fossato, distanziando eletti ed elettori – cioè società politica da società civile, contesto del potere da contesto della soggezione – mina alla radice la possibilità di costruire una democrazia identitaria e totalitaria e pone le basi delle tecniche (vanto delle democrazie di stampo liberale) di tutela da un potere che rimane “altro” e dunque da limitare.

3. Judicial review

Per proseguire il discorso occorre ricollegarsi alle definizioni riportate *retro* di costituzionalismo: pur nella consapevolezza che esse ne riflettono una concezione ristretta, valorizzando solo il versante della limitazione del potere³⁶, non si può prescindere, in questa sede, da esse. Questo perché il tipo

³⁰ H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966, 94.

³¹ «Nelle forme e nei limiti della Costituzione» e altre simili espressioni, contraddicono infatti platealmente il concetto di sovranità.

³² Cfr. sul punto il mio scritto citato *retro* nota 4.

³³ V. i paragrafi 3 e 4 dello scritto *retro* cit. in nota 4.

³⁴ H. Arendt, *Sulla rivoluzione* (1963), Milano, 1983, 320-321; corsivo testuale.

³⁵ G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, 73. Di recente in termini simili si è espresso S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017: «La democrazia è piuttosto un'oligarchia corretta da periodiche elezioni» (19); «Il governo da parte di un'oligarchia per conto del popolo, quella che chiamiamo democrazia, [...]» (37). Fra gli altri, si può richiamare anche P. Pasquino, *Il giudice*, cit., 807, il quale osserva che «l'estensione del suffragio [...] non ha cambiato la natura elitista dei governi rappresentativi».

³⁶ S. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradossi della democrazia*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (cur.), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 168, nota 6, parla di «concetto riduttivo del costituzionalismo» se identificato con la limitazione del potere di governo: in effetti risulterebbe escluso il filone delle *enabling rules* e quello del

di costituzioni che i costituenti redassero nel secondo dopoguerra trovavano nell'*humus* culturale evocato da quelle definizioni alcune delle loro caratteristiche essenziali: la rigidità e la presenza di un giudice delle leggi, entrambe collegate al fatto che si volle sanzionare il passaggio «dalla costituzione come *loi politique* alla costituzione come *norma giuridica*»³⁷. Norma giuridica – è da specificare – considerata come *higher* (o *paramount*) *law* alla quale vengono assoggettati sia il *gubernaculum* che la *iurisdictio* (il cui dualismo sostituisce la classica tripartizione dei poteri)³⁸, la *legislatio* come la *legis executio*³⁹. Come si vedrà più diffusamente *ultra*, il *gubernaculum* (che oggi potremmo chiamare “potere governante”) in presenza di una *higher law* viene depotenziato, perché né il parlamento può ritenersi organo sovrano, essendogli precluso il potere costituente⁴⁰, né sovrano può ritenersi il più importante strumento di indirizzo politico del governo – la legge: «gouverner c'est légiférer» scriveva nel 1934 René Capitant⁴¹ – ormai «detronizzata a vantaggio di un'istanza più alta»⁴²; simmetricamente assume un ruolo preminente il giudice⁴³, in quanto «porre la politica *sub constitutione* significa inevitabilmente porla *sub iudice*»⁴⁴, il «baluardo di una costituzione rigida non potendo che essere le corti»⁴⁵; certo si tratta di un giudice ben diverso da quello cui pensava Carré de Malberg quando scriveva che «il giudice deve applicare le leggi ordinarie, non la Costituzione»⁴⁶.

costituzionalismo emancipante, presente in forze nelle costituzioni del secondo dopoguerra.

³⁷ M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 391; corsivo originale. Spiega bene questo passaggio R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia: un rapporto dialettico o conflittuale?*, in AIC, *Democrazia, oggi* (Annuario 2017), Napoli, 2018, 444, laddove scrive che «nello stato legislativo la costituzione è un documento che ha un valore solo politico, mentre nello stato costituzionale diventa norma giuridica e parametro per la validità delle decisioni dei poteri costituiti».

³⁸ Scrive M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 420, che «la frontiera della separazione dei poteri, nuova e nello stesso tempo antica, si pone oggi tra la politica democratica da una parte, che può e deve disporre di tutti gli strumenti necessari per la libera determinazione e attuazione dell'indirizzo politico prevalente, e la giurisdizione dall'altra parte, cui spetta l'altrettanto libero ed esclusivo potere d'interpretazione della legge a garanzia di diritti, secondo i principi costituzionali».

³⁹ Più ampiamente v. il mio *Potere*, cit. *retro* in nota 22.

⁴⁰ Il «parlamento non può liberamente mutare la costituzione, per il più semplice dei motivi: perché non l'ha generata, perché essa è riconducibile a un'altra, e ben più ampia, volontà originaria»: M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, 2009, 50.

⁴¹ R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres* (1928-1940), Paris, 2004, 327.

⁴² G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 48.

⁴³ M. Fioravanti, *Legislazione e giurisdizione in Europa: l'età dello Stato costituzionale*, in A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (cur.), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 195, parla di una «obbiettiva diminuzione di peso della legge di fronte alla Costituzione» e di un «parallelo e corrispondente aumento di peso della giurisdizione».

⁴⁴ L. Elia, *Politica e costituzione*, Soveria Mannelli, 2003, 9.

⁴⁵ *Il Federalista*, n. 78.

⁴⁶ R. Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale* (1931), Milano, 2003, 185.

Se già l'opzione per la rigidità della costituzione costituisce di per sé un limite al legislatore⁴⁷, depotenziandone il dinamismo dell'indirizzo politico⁴⁸, predeterminato com'è nelle sue linee generali dalla costituzione⁴⁹, su questa prima acquisizione viene innestata la dottrina kelseniana secondo la quale una «costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria» ed «è del tutto sprovvista di senso giuridico»⁵⁰: l'introduzione del *judicial review* viene quindi percepita dai costituenti del secondo dopoguerra come necessaria conseguenza della rigidità-obbligatorietà⁵¹ della Costituzione, come l'unico modo di prenderla sul serio, rappresentandone l'altra faccia della medaglia⁵². In particolare in Italia già in Assemblea costituente era risultato pacifico il nesso fra rigidità e controllo di costituzionalità⁵³ spezzando il quale la Carta si sarebbe ridotta a «una romantica dichiarazione di diritti dell'uomo, a un semplice *cahier* dei desideri»⁵⁴, parole in cui risuona l'eco della sentenza Marshall, là dove affermava che la costituzione «deve prevalere su qualsiasi atto che è in conflitto con il suo contenuto; altrimenti, si deve ritenere che il legislatore può modificarla con una legge ordinaria qualunque. Non ci sono vie di mezzo. O la costituzione è una legge sovraordinata alle altre oppure è al loro stesso livello. Se è vera la prima asserzione, un atto normativo ordinario in contrasto con essa non può dirsi 'legge'; se è vera la seconda, si deve ritenere che la costituzione sia l'assurdo tentativo del popolo di porre limiti a un potere per sua natura irrefrenabile».

Se nel secondo dopoguerra la molla principale (forse esclusiva) dell'introduzione del controllo di legittimità costituzionale delle leggi si richiamava alla teorizzazione di Kelsen di opporre un freno agli «abusi della maggioranza» o, con reminiscenze tocquevilliane, alla «dittatura della maggioranza»⁵⁵, è da supporre che le assemblee costituenti fossero consapevoli delle ricadute politiche e giuridiche strutturalmente collegate

⁴⁷ È quanto sostengono C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1225, e V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, 4, Milano, 1977, 131.

⁴⁸ P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., 29; parla di «dosaggio del pluralismo» A. Mastropaolo in un libro in corso di stampa.

⁴⁹ Lo scrivevo oltre mezzo secolo fa in *Introduzione allo studio della riserva di legge*, Torino, 1970, 64. Si veda da ultimo R. Toniatti, *Il principio*, cit., 1166, che suffraga il concetto secondo cui il legislatore parlamentare ordinario «è vincolato dalla pre-selezione e pre-qualificazione degli interessi».

⁵⁰ H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 199-200.

⁵¹ Al concetto di obbligatorietà faceva riferimento anche E. J. Sieyès nel suo intervento sul Giurì Costituzionale del 5 agosto 1795: «una Costituzione, o è un corpo obbligatorio di leggi, o è niente» (E. J. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, Milano, 1993, 814).

⁵² S. Gerotto, *Giustizia costituzionale e democrazia*, in D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e potere democraticamente legittimato*, I, Bologna, 2017, 48.

⁵³ E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 5-6.

⁵⁴ Intervento in Assemblea costituente di Paolo Rossi del 28 novembre 1947.

⁵⁵ H. Kelsen, *La giustizia*, cit., 202.

alla presenza di un giudice delle leggi: rifacendosi al pensiero di Crisafulli⁵⁶, appare fondato sostenere che «la giustizia costituzionale non tanto rappresenta un'antinomia quanto piuttosto un'alterazione dello schema democratico parlamentare, ma un'alterazione intenzionalmente posta dai costituenti in funzione di un preciso disegno politico, nella quale si esprime al più alto livello quella componente liberale, e quindi garantista, che qualifica il regime democratico costituzionalmente adottato». Ad essere coinvolto dalla presenza del giudice delle leggi è pertanto il concetto stesso di democrazia, la cui attitudine decisionale viene ridisegnata *ab imis* dalla presenza di quel giudice, il quale, pur non democraticamente legittimato, ha il potere di espungere dall'ordinamento gli atti approvati dalla maggioranza dei rappresentanti del corpo elettorale qualora non ritenuti conformi alla costituzione. Si configura dunque un modello additivo di democrazia che combina principio di maggioranza e previsione di diritti e di libertà in capo agli individui, la cui tutela comporta limitazioni a quel principio (fatte valere dal giudice costituzionale), dando luogo così a una «concezione sostanziale (i valori democratici) e non solo formale (elettorale) della democrazia, che si configura pertanto non come democrazia *tout court*, bensì quale democrazia costituzionale (democrazia secondo la Costituzione)»⁵⁷.

Un modello di democrazia che introduce al centro dell'architettura dello Stato costituzionale il canone della diffidenza nei confronti del potere politico, figlio di una antropologia pessimistica che si contrappone a quella ottimistica del principio democratico-rappresentativo, che presuppone che i governati scelgano i migliori rappresentanti e che questi ultimi approvino le leggi migliori: ma la stessa linea storica che aveva portato a diffidare del monarca a favore del parlamento, si prolunga e si ritorce contro quest'ultimo⁵⁸, portando a riporre fiducia nel terzo potere, accreditato di virtù che il legislatore non possiede⁵⁹. È nel solco di una «*méfiance continue*»⁶⁰ che si inserisce quel canone, dalla lunga e illustre ascendenza⁶¹: si va da Montesquieu, il quale scriveva che «*Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*»⁶²; a Constant, il quale affermava, meno di un secolo dopo, che «ogni

⁵⁶ Riproposto testualmente e commentato da L. Paladin, *L'opera di Vezio Crisafulli tra diritto e politica*, Trieste, 2001, 26 ss.; e da L. Mezzetti, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, 2010, 308 ss. (ambedue rinvenibili in rete).

⁵⁷ R. Toniatti, *Il principio*, cit., 1161; si veda anche pagina 1183, dove si individua la democrazia *tout court* (ovvero la democrazia maggioritaria) in quella «fondata sugli esiti della competizione elettorale e su beni giuridici ricompresi nella disponibilità della maggioranza contingente e del suo governo».

⁵⁸ O. Bachof, *Grundgesetz e potere del giudice*, Modena, 2017, 61.

⁵⁹ M. Troper, *Il concetto*, cit., 73; I. Fassassi, *Justice constitutionnelle et contre-démocratie*, in *Ann. intern. justice const.*, 2018, 588.

⁶⁰ I. Fassassi, *op. e loc. ult. cit.*

⁶¹ M. Troper, *op. ult. cit.*, 73.

⁶² *De l'esprit des lois* (1748), libro undicesimo, cap. IV.

[buona] costituzione è un atto di sfiducia»⁶³; a Jefferson che nella Risoluzione del Kentucky del 1798 ragionava sul fatto che «il governo libero si fonda sulla diffidenza e non sulla fiducia; è la diffidenza e non la fiducia che prescrive il ricorso a limiti costituzionali che limitino coloro cui siamo costretti ad affidare il potere»⁶⁴. Sono queste categorie mentali a materializzarsi nelle costituzioni del secondo dopoguerra provocando il passaggio dalla *puissance législative illimitée* al rendere la legge oggetto di misurazione⁶⁵ da parte di un giudice supremo: si introduce così «un fattore permanente di virtuale invalidità»⁶⁶, s'intacca la «presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere»⁶⁷ e si saldano indissolubilmente nella *judicial review* protezione della costituzione e limiti al legislatore. In questa narrazione sembrerebbe chiudersi il cerchio del costituzionalismo garantistico nel senso condiviso dalle costituzioni avvicendatisi dal 1948 in poi: perché la costituzione funzioni, conti e duri⁶⁸, occorre che la legislazione ordinaria non la manometta, pena l'attivazione del controllo di costituzionalità «affinché il potere eletto rimanga fedele ai propri impegni»⁶⁹.

Si tratta però di una narrazione che – come noto – ha prestato il fianco a una contronarrativa incentrata sulla tensione che si verrebbe a creare fra giustizia costituzionale (di matrice garantistico-elitistica) e principio democratico.

In particolare, da quando Alexander Mordecai Bickel ha tematizzato la problematica della *counter-majoritarian difficulty*⁷⁰ si è imposta come centrale nella riflessione giuridica sviluppatasi nelle due sponde dell'Atlantico la risposta alla domanda così formulata da Holmes «Perché nove giudici designati dovrebbero avere il diritto – sia che seguano sia che ignorino la lettera della Costituzione – di annullare le decisioni di deputati

⁶³ Citato da P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, Roma, 2012, 29 e 243.

⁶⁴ Cfr. A. Aquarone, *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, Bologna, 1961, 143-144; corsivo mio. Continua il terzo presidente americano (1801-1809): «Quando si tratta del potere, dunque, lasciamo da parte la fiducia nell'uomo e mettiamolo invece in condizioni di non nuocere legandolo con le catene della costituzione» ed invita a dimostrare un «inalterato attaccamento ad un governo limitato, particolare o generale che sia».

⁶⁵ G. Zagrebelsky, *Il diritto*, cit., 48.

⁶⁶ L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 55.

⁶⁷ L. Gianformaggio, *Diritti e ragione tra essere e dover essere*, in Id. (cur.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, 29.

⁶⁸ J. Elster, *Argomentare e negoziare*, Milano, 1993, 24 ss.

⁶⁹ P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, cit., 29. Di seguito lo studioso francese individua nei poteri di sorveglianza uno degli strumenti attraverso cui si attiva la democrazia della sfiducia organizzata a fronte della democrazia della legittimazione elettorale, minata dall'«entropia rappresentativa (vale a dire [dal] degradarsi del rapporto tra eletti ed elettori)»; corsivo testuale.

⁷⁰ A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis-New York, 1962, 16 ss. e *passim*.

democraticamente eletti?»⁷¹. Chiaramente riferita alla situazione nordamericana, ma coinvolgente sul piano teorico l'istituto del *judicial review* in quanto tale, la domanda è stata riproposta, con variazioni non essenziali ma pur sempre significative, da studiosi francesi come Vedel, Rosanvallon, Tusseau. Il primo, già membro del *Conseil constitutionnel*, si domanda: «Come spiegare che dei giudici non eletti, designati da una parte del potere politico, possano opporsi a ciò che è, nella persona dei suoi rappresentanti, la nazione sovrana?»⁷². Il secondo pone la domanda in questi termini: «È democratico che un pugno di giudici non eletti possa imporre la sua idea a un'assemblea rappresentativa del popolo?»⁷³. Quanto a Tusseau⁷⁴, il suo pensiero può essere sintetizzato nel seguente interrogativo: «perché dovrebbe essere preferibile la decisione di un Tribunale costituzionale (libera, discrezionale, vincolata dal lessico e dalla storia di ciascuna costituzione, ancorata a ponderazioni opinabili se non arbitrarie), alle valutazioni – mediate e dibattute – dei corpi politici, chiamati, loro sì, a rispondere al popolo delle proprie scelte?»⁷⁵.

Tornando alla dottrina statunitense, si possono ricordare studiosi come Dahl («Può la revisione giudiziaria trovare giustificazione in un ordine democratico?»⁷⁶); come Tushnet («What reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?»⁷⁷); come Ackerman («What gives Nine Old Lawyers the democratic authority to veto the statutory conclusions of our Elected Representatives?»⁷⁸), come Michelman (il quale ipotizza che si possa considerare «offesa alla democrazia il fatto che dei giudici non elettivi, governino, almeno in parte, pronunciandosi sulla validità di leggi promulgate dai rappresentanti elettivi dei cittadini»⁷⁹); come

⁷¹ S. Holmes, *Vincoli costituzionali*, cit., 167-168.

⁷² Citato da D. Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, in *AIC, La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa (Annuario 2006)*, Napoli, 2010, 61.

⁷³ P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., 206.

⁷⁴ G. Tusseau, *Deux dogmes du constitutionnalisme*, in AA.VV., *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en hommage à Elisabeth Zoller*, Paris, 2018, 895 ss.

⁷⁵ Il virgolettato riporta la sintesi del pensiero di Tusseau in L. Pegoraro, «Politico» e «giurisdizionale» a cento anni dal *Verfassungsgerichtshof*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2020, 915.

⁷⁶ R. Dahl, *Quanto democratica è la Costituzione americana?*, Roma-Bari, 2003, 40, il quale, nelle righe precedenti, ritiene contraddittorio «il conferire a un corpo non eletto – nel caso americano: cinque su nove magistrati della Corte suprema – il potere di prendere decisioni politiche che riguardano la vita e il benessere di milioni di americani».

⁷⁷ M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999, 29.

⁷⁸ B. Ackerman, *We the People*, 1, Cambridge-London, 1993, 261. A pagina 8 dello stesso volume viene posta una domanda dello stesso tenore: «Whoever gave Nine Old Lawyers authority to overrule the judgments of democratically elected politicians?».

⁷⁹ F. I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario*, Bari, 2004, 63.

Tribe, il quale si domanda «Why a nation that rests legality on the consent of the governed would choose to constitute its political life in terms of commitments to an original agreement made by the people, binding of their children, and deliberately so as to be difficult to change»⁸⁰.

È noto che le risposte a queste domande (*rectius*: alla stessa domanda formulata con sfumature diverse) si dispongono su una scala dai molti gradini, che Holmes ha provato a dicotomizzare, forse con un eccesso di semplificazione, nel disaccordo «fra democratici che ritengono nocive le costituzioni e costituzionalisti che percepiscono la democrazia come una minaccia»⁸¹. Sta di fatto che agli estremi della scala si possono collocare quanti – la maggioranza – esaltano la Corte suprema come paradigma della ragione pubblica⁸² e caratterizzano le corti come «foro dei principi»⁸³ insediato in sistemi *rights-based* e baluardo dei diritti intesi come briscole (*trumps*) che valgono «against the State», «against the government», «against the majority»⁸⁴; e quanti – un'agguerrita minoranza –, muovendo dalla convinzione secondo cui «Marshall offers no real reasons that the Court should have the power to nullify the statute»⁸⁵, stigmatizzano la «judicial usurpation» della giurisprudenza della Corte suprema⁸⁶ e pretendono di strappare via dalle corti i diritti⁸⁷, anche provocatoriamente ipotizzando improbabili *overruling* della Corte suprema e ancora più improbabili emendamenti alla Costituzione americana⁸⁸.

Rinviando a fra poco l'analisi di quest'ultima corrente culturale che va sotto il nome di “costituzionalismo politico”, si deve ora riprendere il discorso dalle domande prima riportate circa la compatibilità fra democrazia e *judicial review*: un elemento che colpisce è la circostanza che la prospettazione del tema prescinde dal fatto – pur assai vistoso – che la *judicial review* americana, a differenza degli assimilabili istituti europei, non è prevista in costituzione, ma è stata attivata in via giurisprudenziale⁸⁹. Lo

⁸⁰ L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988, 109.

⁸¹ S. Holmes, *Passioni*, cit., 169.

⁸² J. Rawls, *Liberalismo politico*, Milano, 1994, 198 ss.

⁸³ R. Dworkin, *Questioni di principio*, Milano, 1990, 36 e 86.

⁸⁴ Avevo proposto questa sintesi del pensiero di Dworkin già in A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, in G. M. Bravo (cur.), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, 2004, 321.

⁸⁵ A. M. Bickel, *The Least*, cit., 4.

⁸⁶ AA. VV., *The end of democracy? The Judicial Usurpation of Democracy*, Dallas, 1997.

⁸⁷ Si veda l'esplicito titolo di Tushnet citato *retro* in nota 77.

⁸⁸ Si veda M. Tushnet, *Taking*, cit., 155; Id., *Abolishing Judicial Review* (2011), *Constitutional Commentary*, 695, 581.

⁸⁹ Il che è il motivo per cui la «Corte costituzionale americana è forse l'organo al mondo la cui legittimazione è stata ed è più copiosamente discussa e messa in discussione: il dibattito su quale diritto la Corte fonda il proprio potere di fare quello che fa non ha paragone alcuno nelle analisi che gli studiosi continentali hanno riservato alle loro Corti» (S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996,

rileva un politologo americano il quale, dopo aver segnalato come «enormously important» la differenza fra USA e altri paesi che prevedono in costituzione il *judicial review*, conclude che ciononostante «in every system in which a CC has been successful at enhancing the effectiveness of rights and review, legitimacy questions has been raised. In responses, judges and scholars have been led to develop a range of defenses»⁹⁰. Si può plausibilmente argomentare nel senso che l'inserimento di un elemento liberal aristocratico in un contesto plasmato intorno ai principi della sovranità popolare o addirittura parlamentare non perda la sua forza dirompente anche se verbalizzato in costituzione e ha bisogno di un supplemento di riflessione affinché l'artificialismo della sua previsione venga reso compatibile con la novità, altrettanto dirompente, di una democrazia

37-38): valga per tutte la violentissima critica che Jefferson muoveva nel 1820 alla Corte suprema, riportata da G. Buttà, *Judicial review e governo della maggioranza*, in G. M. Bravo (cur.), *op. ult. cit.*, 81.

⁹⁰ A. Stone Sweet, *Constitutional Courts*, in M. Rosenfield, A. Sajò (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, 828.

(quella costituzionale) che sostituisce le due sovranità richiamate con la supremazia della costituzione.

A chi si riconosce nel percorso storico culminato in questa supremazia le domande prima richiamate possono apparire attendibili solo nella misura in cui alludono a un campo di tensione insopprimibile perché fisiologico fra democrazia e costituzionalismo, ma in sostanza siano espressione (tanto più quando sono l'anticamera di un giudizio critico sul *judicial review*) di un ritardo culturale che andrebbe colmato, essendo frutto di una mancata introiezione delle novità che lo Stato costituzionale – quale verbalizzato dalle costituzioni del secondo dopoguerra e già dal 1803 in USA – ha incorporato nel concetto di democrazia⁹¹. Già si è parlato della radicale desementizzazione di cui tale concetto avrebbe bisogno per adeguarsi allo status che lo ha sempre connotato a partire dal suo ingresso nella storia (non potere del popolo, ma potere approvato dal popolo attraverso i meccanismi della rappresentanza): se si abbandonassero definizioni museali di democrazia (quali quella derivata dall'etimo greco e quella pomposamente pronunciata da Lincoln a Gettysburg⁹²) la temperatura delle domande prima riportate si abbasserebbe di molto, uno dei due corni del problema venendo privato del pathos connesso al “governo del popolo” e ridimensionato al più dimesso status di rappresentanza senza vincolo di mandato del corpo elettorale. Una rappresentanza che, impigliata tra la kelseniana «finzione»⁹³ e la moschiana «menzogna»⁹⁴ sarebbe facile bersaglio della contrapposizione di Ackerman fra «We the People» e «We the Politicians»⁹⁵. E invece, distanziare (come realisticamente si deve) dal popolo i suoi rappresentanti, considerati alla stregua di controfigure⁹⁶, darebbe un contributo significativo a inaridire le matrici culturali del pensiero che considera «undemocratic» il *judicial review*⁹⁷: una «academic obsession»⁹⁸ con le sue roccaforti negli Stati Uniti, della quale appare opportuno circoscrivere le potenzialità espansive prendendo atto senza remore che «viviamo in una democrazia costituzionale nella quale la Costituzione prevede limitazioni alla regola di maggioranza e all'ordinario svolgimento della democrazia elettorale»⁹⁹, fatte valere dal giudice delle leggi. Costituzione e giudice delle leggi rispettivamente definibili come «riduttori» e «correttori» di democrazia¹⁰⁰, solo con riferimento però alla sua dimensione rappresentativa-elettorale, non certo a quella valoriale, che anzi se ne avvale a mo' di baluardi.

⁹¹ Buone osservazioni al riguardo in A. Renteria Diaz, *Costituzione e democrazia*, Milano, 2005, 177-178, il quale, anche richiamandosi al pensiero di Zagrebelsky, nota che «quanto è avvenuto dalla fine degli anni '40 del Novecento ad oggi non è ancora penetrato, influenzandone la terminologia e l'apparato concettuale, nella mente degli studiosi che si dedicano alle discipline aventi a che fare con la società e la sua struttura giuridica».

⁹² Le ultime righe del libro di M. Tushnet già citato, suonano così: «The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the

4. Sua legittimazione

Se si è convinti che l'*academic obsession* dell'inconciliabilità fra *judicial review* e democrazia sia un mito¹⁰¹ costruito con mattoni di vecchia generazione non utilizzabili per costruire un concetto di democrazia al passo con l'affermazione del costituzionalismo, è opportuno spostare la riflessione sulle ragioni che inducono a ritenerlo inaccettabile: due possono essere gli *itinerari* argomentativi funzionali a tale fine.

Il primo muove dalla consapevolezza secondo cui la democrazia costituzionale (quella cioè incorporata nel costituzionalismo all'origine delle carte del secondo dopoguerra) è ben altra cosa dalla «forma canonica di

Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts» (194).

⁹³ È un giudizio che Kelsen esprime in vari luoghi: rimando, fra i tanti, a *Essenza e valore della democrazia* (1929), ora in Id., *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966, 37.

⁹⁴ G. Mosca, *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1887, 1925), ora in Id., *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, Milano, 1958, 277: «che il risultato di una elezione sia l'espressione della volontà del paese, ossia della maggioranza degli elettori, è, nei casi ordinari, una cosa assolutamente falsa: e la base legale o razionale di qualunque sistema politico, che ammette la rappresentanza delle grandi masse popolari determinata dalle elezioni, è una *menzogna*»; corsivo originale.

⁹⁵ B. Ackerman, *We*, cit., 10.

⁹⁶ «During normal politics, the people simply do not exist: they can only be represented by “stand-ins”» (B. Ackerman, *op. ult. cit.*, 263).

⁹⁷ A. M. Bickel, *The Least*, cit., va più in là della prospettazione della *counter-majoritarian difficulty* prima citata (di per sé abbastanza innocua – come si vedrà – per il costituzionalista europeo) e sembra spingersi a destituire di fondamento il potere della Corte suprema in sede di *judicial review* definendolo «undemocratic» e «a deviant institution in the American democracy» (17-18). Vero è peraltro che – come spiega S. M. Griffin, *Il costituzionalismo*, cit., 190-191 – una corretta interpretazione del pensiero di Bickel necessita di una contestualizzazione che tenga conto dell'impatto che sugli studiosi della sua generazione ebbe la «follia» di una Corte in frontale contrapposizione alle politiche del New Deal: donde l'esigenza di contenere le spinte contro-maggioritarie in quella compatibilità di sistema di cui si parlerà nell'ultimo paragrafo. Resta comunque da registrare la posizione di tutt'altro tono della dottrina maggioritaria: cfr. ad esempio, B. Ackerman, *We*, cit., 262, secondo il quale «if the Court is right in finding that these politicians/statesmen have moved beyond their mandate, it is furthering democracy, not frustrating it».

⁹⁸ B. Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part five, 112 Yale L. J. (2002).

⁹⁹ S. M. Griffin, *Il costituzionalismo*, cit., 195. Sulle costruzioni teoriche nordamericane che cercano di superare il dilemma indotto dalla *counter-majoritarian difficulty* compatibilizzandolo con un sistema di democrazia costituzionale che renda legittima la previsione di limitazioni nei confronti dei rappresentanti eletti dal popolo, si diffonde A. Pierini, *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, in R. Toniatti, M. Magrassi (cur.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Padova, 2011, 71 ss.

¹⁰⁰ Su questa tematica si veda il contributo di F. Longo, «*Riduttori*» e «*correttori*» di democrazia nel dibattito contemporaneo, in corso di pubblicazione.

¹⁰¹ S. Holmes, *Passioni*, cit., 196.

democrazia»¹⁰² fondata essenzialmente sul principio di maggioranza: essa è «un insieme composito di principi normativi»¹⁰³ nell'ambito del quale assume rilevanza centrale la proclamazione dei diritti individuali, facenti parte della sua «moralità interna»¹⁰⁴, in quanto senza di loro un assetto democratico non è concepibile e tanto meno attivabile. È quanto scriveva nel 1945 e poi nel 1955 Kelsen: «Una democrazia senza opinione pubblica è una contraddizione in termini. In quanto l'opinione pubblica può sorgere dove sono garantite la libertà di pensiero, la libertà di parola, di stampa e di religione, la democrazia coincide con il liberalismo politico»¹⁰⁵; «libertà di religione, libertà di opinione e di stampa appartengono all'essenza della democrazia e soprattutto vi appartiene la libertà della scienza [...] libera da ogni intrusione metafisica o religiosa»¹⁰⁶.

Se si muove dunque dall'assunto secondo cui «il rispetto dei diritti fondamentali è parte integrante del principio democratico poiché essi sono indispensabili all'esercizio della deliberazione pubblica»¹⁰⁷, ne deriva fisiologicamente che la «nuova» democrazia – la democrazia costituzionale – preveda come sua parte integrante limiti alla maggioranza di governo finalizzati «a proteggere singoli cittadini e gruppi contro decisioni che una maggioranza potrebbe assumere»¹⁰⁸: e il ragionamento può continuare osservando che se non contemperassero «il potere decisionale della maggioranza con alcuni valori che essa non può ledere»¹⁰⁹, non avrebbero senso articoli come il primo, terzo comma, del *Grundgesetz*, a norma del quale i «diritti fondamentali vincolano il potere legislativo, il potere esecutivo e quello giurisdizionale»¹¹⁰. Acquistano senso, invece, se al vertice dell'ordinamento siano preposti organi di giustizia costituzionale volti alla tutela di quei vincoli: in tale prospettiva quegli organi vanno considerati piuttosto che correttivi e attenuazioni della democrazia¹¹¹ lo strumento necessario per attuarla¹¹². Si valorizza così la potente normatività di alcune celebri massime giurisprudenziali: come quella della sentenza Barnette (sul saluto alla bandiera) del 1943, nella quale l'estensore Robert Jackson

¹⁰² R. Dworkin, *Questioni*, cit., 84.

¹⁰³ S. M. Griffin, *Il costituzionalismo*, cit., 197, riferendosi alla democrazia americana, ma estensibile alla democrazia costituzionale in sé.

¹⁰⁴ C. S. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, 8 e 136.

¹⁰⁵ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, 1963, 293.

¹⁰⁶ H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, 1995, 246.

¹⁰⁷ D. Rousseau, *La legittimità*, cit., 77.

¹⁰⁸ R. Dworkin, *I diritti*, cit., 241, con riferimento alla Costituzione e al *Bill of Rights* americani.

¹⁰⁹ A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, 194.

¹¹⁰ E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 488-490.

¹¹¹ V., ad esempio, N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 104, che scrive della nostra Corte costituzionale come di un istituto che, «in qualsiasi modo lo si voglia considerare, è una profonda attenuazione del principio democratico».

¹¹² M. Troper, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, 1998, 308.

scriveva che i «diritti fondamentali non possono essere sottoposti al voto: essi non dipendono dal risultato di alcuna elezione»; come quella della sentenza Luth del 1958 in cui il Tribunale federale tedesco affermava che i diritti fondamentali di comunicazione quali la libertà di opinione (inclusa la libertà di stampa e d'informazione) sono, rispetto alla democrazia, «costitutivi per eccellenza»¹¹³; come quella della decisione del Conseil constitutionnel del 1985, la quale sanciva che «la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution»¹¹⁴.

Si tratta di brani nei quali appare chiaro che «la memoria storica del costituzionalismo [...] si compone non solo della radice democratico-giacobina ma anche di quella liberale antimaggioritaria»¹¹⁵: non è un caso che essi confluiscono oggi agevolmente in una delle tesi centrali del pensiero di Dworkin, quella secondo cui «individual rights are political trumps held by individuals»¹¹⁶.

Passando al secondo *iter* argomentativo cui prima si accennava, esso muove dal dato di fatto secondo cui il *judicial review* è presente, in posizione di assoluto rilievo, in gran parte degli ordinamenti costituzionali vigenti, anche di quelli che hanno vissuto la transizione dai regimi prima inseriti nell'area di influenza dell'URSS. Se così è, la domanda che si deve porre lo studioso è la seguente: quale modello di democrazia è presupposto da tale presenza¹¹⁷? Non certo quella che fece dire a un deputato socialista francese, rivolgendosi all'opposizione «vous avez juridiquement tort, parce que vous êtes politiquement minoritaire»¹¹⁸, ma una ben più sofisticata e complessa¹¹⁹, identificabile nella versione costituzionalistica della democrazia¹²⁰: si tratta di una democrazia – osserva Troper¹²¹ – che, per essere compatibile con la

¹¹³ E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 423.

¹¹⁴ Una prova di audacia – quella che si esprime nella massima riportata – che trova il suo precedente nella *décision* del 16 luglio 1971 nella quale veniva affermata la valenza normativa del preambolo costituzionale: interessanti considerazioni in P. Passaglia, *Lo strano caso del legittimato che legittimò il legittimante: il Conseil constitutionnel e la Costituzione della Quinta Repubblica francese*, in D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Giurisprudenza*, cit., II, Bologna, 2017, 64 ss.

¹¹⁵ D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, Napoli, 2008, 118.

¹¹⁶ R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, London-New York, 1997, 60 (non tradotta nell'edizione italiana). Dopo la frase riportata nel testo, Dworkin così continua: «Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them».

¹¹⁷ M. Troper, *Per una teoria*, cit., 316-317.

¹¹⁸ André Laignel, nella seduta dell'Assemblea nazionale del 13 ottobre 1981.

¹¹⁹ Parla della giustizia costituzionale come di un «elemento di sofisticazione dell'organizzazione costituzionale», comportando «uno sdoppiamento funzionale degli apparati di vertice della democrazia» alla stregua dell'«antica bipartizione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*» L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 516-517.

¹²⁰ F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 127.

¹²¹ M. Troper, *Per una teoria*, cit., 325.

presenza di un organo di giustizia costituzionale, non è definibile «come governo del popolo da parte del popolo, ma come governo di una volontà generale formata in parte sotto l'influsso che il popolo esercita con la scelta, diretta o in diretta, di alcuni di quelli che l'esprimono»¹²²; mentre un altro costituzionalista francese, Dominique Rousseau, tiene a sottolineare che il Conseil «giudicando delle leggi rispetto alla volontà del popolo rende evidente che i rappresentanti non sono i sovrani ma sono soltanto i delegati del potere sovrano»¹²³.

Una posizione, quest'ultima, collegabile, oltre che a un celebre sarcasmo del *Federalist*¹²⁴, a una sagace lezione di costituzionalismo (nell'accezione di governo limitato) impartita nel 1945 da Einaudi laddove ragionava di freni che «hanno per iscopo la libertà di legiferare e di operare dei ceti politici governanti scelti dalla maggioranza degli elettori. In apparenza è violato il principio democratico che dà il potere alla maggioranza: in realtà, limitandone i poteri, i freni tutelano la maggioranza contro la tirannia di chi altrimenti agirebbe in suo nome e, così facendo, implicitamente tutelano la maggioranza» (degli elettori, s'intende)¹²⁵. È il percorso di pensiero nel quale s'incontrano, anche se con qualche diversità di prospettiva allineata al dibattito americano, le posizioni di Ackerman e di Elster, ambedue impegnate a distinguere le decisioni costituenti da quelle della legislazione ordinaria. Il primo, dopo aver differenziato le democrazie in moniste (quelle che presuppongono che tutto il potere appartenga ai vincitori delle elezioni)¹²⁶ e dualiste, le quali distinguono «between two different decisions that may be made in a democracy. The first is a decision of American people; the second by their government», sostiene che la democrazia americana è da allocare nel secondo modello, alla cui garanzia è preposta la Corte suprema cui è affidato il compito di distinguere «the will of We the People from the acts of We the Politicians», identificati nella «political elite in Washington»¹²⁷. Elster, da parte sua, propone la distinzione fra *politique politisante* e *politique politisée*¹²⁸: la prima è quella praticata dall'Assemblea costituente (unico vero soggetto politico, in grado di legare le generazioni successive attraverso l'operato del potere

¹²² Il pensiero di Troper, *Per una teoria*, cit., è chiarito da quanto scrive a pagina 316 e 318: «la funzione legislativa è esercitata da un organo complesso, di cui uno degli organi parziali è l'insieme formato dal governo e dal Parlamento [...] di cui l'altro organo parziale è l'insieme formato da una delle volontà di trasmissione del Consiglio costituzionale e dal Consiglio costituzionale stesso», il quale poiché «partecipa alla formazione della legge, contribuisce anch'esso all'espressione della volontà generale».

¹²³ D. Rousseau, opera citata da L. Mezzetti, *Teorie*, cit., 342.

¹²⁴ Nel n. 71 si legge che i «rappresentanti del popolo riuniti in assemblea democratica sembrano talora fantasticare d'essere il popolo stesso».

¹²⁵ L. Einaudi, *Maior et sanior pars*, in *Idea*, 1945, 7.

¹²⁶ B. Ackerman, *We*, cit., 8.

¹²⁷ B. Ackerman, *We*, cit., 10.

¹²⁸ J. Elster, *Ulisse e le sirene*, Bologna, 1983, 163.

giudiziario), la seconda si risolve nell'adempimento, giorno per giorno, delle regole del gioco¹²⁹.

Mi sembra plausibile affermare che, quale che sia l'iter argomentativo seguito, entrambi possano farsi confluire nella «cultura (liberale) del limite»¹³⁰ insita nel costituzionalismo: cultura che Rawls esprime nei termini di una contrapposizione fra legge suprema e legge ordinaria¹³¹; Rosanvallon nei termini di una contrapposizione fra popolo-principio e popolo-suffragio¹³² gestita dalle «istituzioni della riflessività» (fra cui annovera le corti costituzionali)¹³³ e Fioravanti in termini di una prevalenza del popolo della Costituzione su quello della maggioranza¹³⁴.

Si pongono così le basi per l'insediamento al vertice del sistema di un istituto (potenzialmente contromaggioritario, come si vedrà) diversamente denominato nei vari ordinamenti, cui è attribuito il controllo di compatibilità fra la *lower law* e la *higher law*: si assiste così alla giuridicizzazione del principio di diffidenza prima richiamato e al conseguente fronteggiarsi di due versioni di democrazia, quella della sfiducia organizzata e quella della legittimità elettorale¹³⁵.

A sanzionare tale giuridicizzazione, che comporta un potenzialmente severo ridimensionamento del potere d'indirizzo politico, sono le stesse classi politiche che potrebbero esserne «vittime», il che si giustifica col fatto che si fece strada nei costituenti del secondo dopoguerra la convinzione secondo cui le costituzioni approvate costituivano una svolta epocale rispetto a un passato atroce¹³⁶, per preservare la quale il circuito politico-rappresentativo non dava sufficienti garanzie di sapersi autolimitare¹³⁷, anzi era percepito come una minaccia dalla quale difendersi. Mi sembra significativo ricordare che un importante filone della cultura giuridico-politologica italiana si sia fatto apertamente interprete di questa preoccupazione: si va da Calamandrei, secondo il quale «difesa dei diritti di

¹²⁹ Qualche osservazione critica sulla dicotomia di Elster può leggersi in S. Holmes, *Passioni*, cit., 230.

¹³⁰ L. Lacché, *Il limite, la garanzia, l'arbitro. La Corte e il costituzionalismo*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 11, 2006, 8.

¹³¹ Dopo aver parlato della distinzione di Locke fra potere costituente e potere ordinario, lo studioso statunitense così continua: «La seconda distinzione è quella fra legge suprema e legge ordinaria. La legge suprema è espressione del potere costituente del popolo e la sua autorità è la più alta: Noi, Popolo. La legislazione ordinaria ha invece l'autorità del potere ordinario di parlamento ed elettorato, e ne è espressione. La legge suprema vincola e guida il potere ordinario» (J. Rawls, *Liberalismo*, cit., 198).

¹³² P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., 189-190.

¹³³ P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., parte III.

¹³⁴ M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 216.

¹³⁵ P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, cit., 30.

¹³⁶ Si vedano le recenti considerazioni di F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche*, Bologna, 2016, 48 ss.

¹³⁷ L. Ferrajoli, *Garanzie*, in *Parolechiave*, 19, 1999, 17.

libertà significa soprattutto difesa contro il potere legislativo»¹³⁸; ad Esposito, il quale sostiene che «peggiore dell'arbitrio dell'esecutivo può essere l'oppressione instaurata dalla legge o divenuta legge»¹³⁹; a Crisafulli, che ragiona di un «arbitrio del legislatore non [...] meno pericoloso per la libertà dell'arbitrio dell'esecutivo»¹⁴⁰; a Sartori, infine, per il quale «quando i governanti possono fare e disfare tutte le leggi che vogliono, la protezione della legge non c'è più»¹⁴¹.

5. Political constitutionalism e judicial constitutionalism

A fronte delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti dovrebbe perdere di credibilità la concettualizzazione – proposta da una corrente di pensiero di matrice anglosassone, che ha qualche ricaduta in Italia¹⁴² – di un costituzionalismo “politico” inteso tendenzialmente a sostituire quello “giuridico” (*legal constitutionalism*) finora considerato e appare plausibile prenderne le distanze, anche se esso non ha alcuna possibilità di ricaduta giuridica in paesi, come quegli europei, le cui costituzioni prevedono esplicitamente il *judicial review*. Ciò non di meno il misurarsi sinteticamente con tale dibattito¹⁴³ e in particolare con le tesi – ampiamente maggioritarie anche nel mondo anglosassone – che sviluppano una culturalmente

¹³⁸ P. Calamandrei, Introduzione a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, LIII.

¹³⁹ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1950, 15-16.

¹⁴⁰ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1966, 273.

¹⁴¹ G. Sartori, *Dove va il parlamento?*, in S. Somogyi, L. Lotti, A. Predieri, G. Sartori, *Il Parlamento italiano (1946-1963)*, Napoli, 1963, 359.

¹⁴² Si possono ricordare A. Carrino, *La costituzione come decisione*, Milano-Udine, 2019 e A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003. Il primo definisce «famigerata» la sentenza Marshall e critica la prospettiva culturale che ha «sottratto la decisione fondamentale al soggetto sovrano, il popolo, col rischio sempre più concreto di fare della carta fondamentale il terreno esclusivo di giudizio di un ceto elitario sottratto a ogni controllo, la casta dei giudici, in particolare delle giurisdizioni superiori e specificamente delle corti costituzionali» (16). La seconda (seguace e traduttrice di Waldron) dopo aver calcato la mano sul potere giudiziario definendolo «occulto», oltre che – ma in questo non si sbaglia – contromaggioritario e politicamente irresponsabile (XI), sostiene a pagina 125 che «la strada autenticamente democratica è quella che attribuisce l'ultima e definitiva parola sui diritti al Parlamento sovrano», aggiungendo che tale strada non gode oggi di buona stampa (non gode più che altro di costituzioni che la legittimino).

¹⁴³ Come fanno, in modo assai ampio e pregevole, due libri italiani: C. Valentini, *Le ragioni della costituzione. La Corte suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014. Ottimi anche tre articoli di Marco Goldoni: *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quad. cost.*, 2010, 733 ss.; *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2010, 337; *Two internal critiques of political constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 926 ss.

Ai tre studiosi citati si deve un'analisi acutamente critica del costituzionalismo politico, da cui ho tratto più di una suggestione.

agguerrita difesa del controllo giurisdizionale di legittimità delle leggi, appare utile, per un verso, a tenere aperto il confronto con orizzonti culturali diversi; per un altro, ad argomentare le motivazioni pro *judicial review* non in forma dommatica, ma in chiave di dinamismo dialettico nei confronti delle tesi criticate. Del resto la sfida culturale che il *judicial review* lancia al principio democratico non è totalmente assorbita dalla sua previsione in costituzione, potendo l'avversione alla giustizia costituzionale trovare pur sempre canali di espressione di un certo peso: «si va dalle semplici parole (dichiarazioni di esponenti delle maggioranze politiche che si “ribellano” a decisioni giudiziarie), a tentativi di incidere surrettiziamente sulla composizione delle Corti per acquisirne il controllo [...], a proposte di riforma del sistema di giustizia costituzionale [...], alla disapplicazione delle decisioni sgradite da parte delle maggioranze politiche...»¹⁴⁴.

Quale che sia la terminologia usata per identificarla¹⁴⁵, la corrente culturale – internamente articolata fra moderati e radicali¹⁴⁶ e fra liberali, repubblicani e democratici- popolari¹⁴⁷ – che promuove il costituzionalismo politico si propone una «torsione anti-giudiziaria del costituzionalismo americano»¹⁴⁸ a favore di un controllo di costituzionalità incentrato sul parlamento: esemplare in tal senso è il pensiero di Tushnet laddove scrive che mentre ora «the Constitution is what a majority of Supreme Court says it is», la sua posizione «would make the Constitution what a majority of Congress says it is»¹⁴⁹.

Più in generale il costituzionalismo politico (che trova una sorprendente assonanza in una suggestione di Gaston Jèze risalente alla fine

¹⁴⁴ T. Groppi, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020, 264.

¹⁴⁵ Fra gli studiosi italiani si possono ricordare M. Barberis, *Lo stato costituzionale e le sue alternative*, Modena, 2020, 12, che scrive di «una filosofia politica democratico-repubblicana critica del *judicial review* [...] chiamata *popular*, *populist* o meglio *political constitutionalism*»; M. Goldoni, *Two*, cit., che distingue fra *legal* e *political constitutionalism* (pagina 2 del formato elettronico); O. Chessa, *I giudici*, cit., 213 ss., che distingue «costituzionalismo popolare» (del quale l'esponente più rappresentativo è Larry Kramer) dal «costituzionalismo politico» (del quale è il neozelandese Jeremy Waldron lo studioso più noto); L. Corso, *I due volti del diritto*, Torino, 2016, 11, la quale propone «la dicotomia [...] fra un costituzionalismo elitista e un costituzionalismo popolarista». Utile la precisazione di M. Tushnet, *The structures of constitutional review and some implications for substantive constitutional law*, in Id., *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (chapter 3), Edward Elgar Publishing, 2014, 4, che ricorda come «political constitutionalism» sia espressione principalmente usata per riferirsi al Regno Unito, mentre «popular constitutionalism» sia la terminologia usata negli USA.

¹⁴⁶ C. Valentini, *Le ragioni*, cit., 367-368 colloca fra i primi Robert Post e Reva Siegel e fra i secondi Richard Parker, Larry Kramer e, per alcuni aspetti, Jeremy Waldron.

¹⁴⁷ M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 338.

¹⁴⁸ C. Valentini, *Le ragioni*, cit., 380.

¹⁴⁹ M. Tushnet, *Taking*, cit., 52. A pagina 182 dello stesso libro Tushnet scrive che «[p]opulist constitutional law treats constitutional law not as something in the hands

degli anni '20¹⁵⁰), poggia sui seguenti assunti, presentati, da uno dei suoi più radicali esponenti, come «a theory offered by leftist critics of constitutional review conducted by the courts»¹⁵¹.

a) La politica precede in senso assiologico il diritto¹⁵², il quale viene quindi concepito come «continuazione della politica con altri mezzi»¹⁵³: in tal modo – è stato osservato¹⁵⁴ – cade «la rigida distinzione fra principi (di competenza del ragionamento giudiziario) e *policies* (di pertinenza del ragionamento legislativo)» sicché non «esistono temi e problemi che possano essere legittimamente sottratti al dibattito politico»¹⁵⁵. Ma così – va aggiunto – si legittima un ruolo servile del diritto rispetto alla politica, facendone un «monolitico strumento a disposizione del sovrano» al quale non si contrappone «un'area di indisponibilità» da rispettare¹⁵⁶, tanto potentemente evocata dalla citazione di Jackson prima riportata.

b) Il rifiuto del concetto di *higher law* («there is no space in political constitutionalism for a higher law or superior norms (a legal constitutionalism)») ¹⁵⁷ sulla base della convinzione secondo cui «a constitution is, first of all, a political process and not a norm»¹⁵⁸ e coincide «con ciò che accade»¹⁵⁹. A me sembra che sia la storia, compresa quella nordamericana, a smentire questo annichilimento della superiore normatività della costituzione¹⁶⁰: essa va salvaguardata in quanto – come

of lawyers and judges but in the hands of the people themselves»; chiude poi il libro (194) richiamandosi al pensiero di Lincoln, secondo il quale «the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts».

¹⁵⁰ Nel libro di Kelsen, più volte citato, sulla giustizia costituzionale, viene riportata a pagine 206-214, la sintesi di un dibattito tenuto nel 1928 presso l'Istituto internazionale di diritto pubblico, alla fine del quale prese la parola il giurista ed economista francese (1869-1959) avanzando «l'idea che si potrebbe cercare di organizzare un controllo di costituzionalità da parte o all'interno delle stesse assemblee legislative, cioè trovare una garanzia politica della costituzione, consentendo alla minoranza di chiedere una deliberazione a maggioranza qualificata sulla questione se una determinata legge non debba essere anch'essa adottata a maggioranza qualificata. Bisogna infatti guardarsi dallo spirito conservatore dei giudici e anche dei giuristi, per natura tradizionalisti e inclini a immobilizzare l'interpretazione dei testi: è pericoloso affidare ad essi il compito di dire il diritto in materia politica».

¹⁵¹ M. Tushnet, *The structures*, cit., 44.

¹⁵² M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 338; R. Bin, *Diritti, giudici e poteri*, in *Quad. cost.*, 2013, 1049.

¹⁵³ J. Griffith tradotto da M. Goldoni appena citato, 343.

¹⁵⁴ M. Goldoni, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ G. Palombella, *La «resilienza» del diritto e i suoi compiti globali*, in *Quad. cost.*, 2013, 1058-1059.

¹⁵⁷ Questo aspetto del costituzionalismo politico è ben tratteggiato da M. Goldoni, *Two*, cit., nei paragrafi 1.4 e 3.

¹⁵⁸ M. Goldoni, *Two*, cit., par. 3.

¹⁵⁹ J. Griffith, cit. *retro* in nota 153.

¹⁶⁰ D'obbligo il richiamo a E. S. Corwin, *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano* (1928), Vicenza, s.d.

spiega Palombella – è l'esito di «condizioni rare, al di sopra delle contingenze e delle maggioranze»¹⁶¹ da cui esse scaturiscono, tali da far loro attribuire «il valore di una più forte, più consapevole, più condivisa, più ragionevole e anche meno transeunte espressione del principio deliberativo democratico»¹⁶². Senza contare che «il superiore rango delle norme costituzionali mantiene spesso il legame con la memoria di alcuni mali a cui l'adozione della costituzione risponde con un impegno a un “mai più”»¹⁶³.

c) I parlamenti, «in virtù dei congegni costituzionali e delle procedure sulla cui base operano»¹⁶⁴, dispongono di una migliore attrezzatura, rispetto alle corti, al fine di discutere e tutelare i diritti e dunque proteggono ed eventualmente espandono i diritti meglio delle corti, in particolare con maggiore attenzione per le fasce più deboli¹⁶⁵. A motivazione di questo assunto i *political constitutionalists* argomentano nel senso che per discutere e decidere su temi politici quali sono quelli attinenti ai diritti è più titolato un organo legittimato democraticamente rispetto alle corti che sono prive di tale legittimazione¹⁶⁶. Come ben sintetizza Marco Goldoni, il parlamento «in virtù della sua composizione plurale e del suo metodo decisionale, conflittuale ma non competitivo, rappresenta una sede ideale per ascoltare le ragioni delle molteplici parti coinvolte nelle decisioni sui diritti»; il che – visto dalla prospettiva inversa – comporta che «courts cannot claim an epistemic primacy in the adjudication of rights, certainly not superiority over the capacity of legislatures»¹⁶⁷. Del resto, il fatto che i parlamenti decidano a maggioranza non li differenzerebbe dalle corti, anch'esse aduse – come sottolinea a più riprese Waldron, impermeabile alla massima “distingue frequenter”, che inviterebbe a dare peso alle differenze strutturali

¹⁶¹ G. Palombella, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002, 57-58.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 354-355, che così continua: «nel corso del tempo si vengono così a creare ragioni particolari di attaccamento anche se non si è partecipato direttamente o indirettamente alla sua approvazione» (con richiamo al pensiero di J. Raz, *I valori fra attaccamento e rispetto*, Reggio Emilia, 2003).

¹⁶⁴ C. Pinelli, *Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel recente dibattito angloamericano*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1016, richiamando criticamente il pensiero di J. Waldron e di Richard Bellamy; sempre in chiave critica l'autore ricostruisce il pensiero degli studiosi americani secondo i quali «le corti costituzionali non sono attrezzate per esaminare le conseguenze economiche e sociali delle loro decisioni. Mentre il parlamento può commissionare e svolgere direttamente studi e ricerche per prevedere gli effetti delle politiche che potrebbero adottare, le controversie fra individui o associazioni raramente sono adatte a valutare effetti di questo genere. I criteri di giustizia procedurale [...] non si basano su quelle considerazioni politiche su cui si fonda il giudizio dei rappresentanti».

¹⁶⁵ M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 349-350.

¹⁶⁶ È questa l'argomentazione svolta, con particolare determinazione, da J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001: una difesa dell'attività parlamentare e della dignità della procedura maggioritaria è esposta alle pagine 152, 174, 177, 185, 190; una buona sintesi del suo pensiero si può leggere nella presentazione di Anna Pintore.

¹⁶⁷ J. Waldron, cit. alla nota 29 di M. Goldoni, *Two*, cit.

fra ceto politico e ceto giudiziario, fra decisione politica e sentenza, fra parti e terzo¹⁶⁸ – a questo tipo di decisione. A tale livello di argomentazione si afferma la convinzione che è la rappresentanza politica la garanzia migliore dei diritti fondamentali¹⁶⁹, anche se priva delle garanzie d'imparzialità richieste solo alle corti: giocherebbe a suo favore, secondo Waldron, anche il fatto che i parlamenti, essendo composti da molti più membri delle corti, sono in grado di cogliere con maggior precisione le sfumature politico-ideologiche presenti nella società; e si aggiunge che il loro processo decisionale può arricchirsi – come si è visto in nota 164 – di risorse (istituzione di commissioni ad hoc, *hearings* di soggetti interessati alla deliberazione parlamentare e/o coinvolti nel processo decisionale...), non accessibili alle corti. Sembrerebbe dunque centrare il bersaglio l'acida domanda di Tushnet: «As Jeremy Waldron has put it, what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?»¹⁷⁰. È una domanda che esige motivate risposte, che già la dottrina si è impegnata a fornire¹⁷¹ e in questa sede troveranno uno schematico sviluppo in 11 punti.

1) A parte qualche eccesso di ottimismo sulla rappresentatività dei parlamenti, spesso bipartizzati forzosamente e – con l'eccezione degli Stati Uniti – coartati dalla disciplina di partito, le argomentazioni riportate, e possibili altre, sono, a ben vedere, tutti funzionali a dimostrare che i parlamenti sono migliori decisori rispetto alle corti, ma eludono il problema del *judicial review*, che attiene non alle decisioni politiche, ma al controllo su tali decisioni, sicché una volta posizionata correttamente la prospettiva di riflessione, diventano molto plausibili le ragioni che militano in favore di un controllo giurisdizionale rispetto a quello politico.

¹⁶⁸ G. Palombella, *L'autorità*, cit., 187, opportunamente precisa che il potere giudiziario, a differenza di quello legislativo, deve motivare le proprie decisioni (un tema che verrà ripreso *ultra*), «arbitrare conflitti secondo misure che non corrispondono al numero dei sostenitori» e che «la decisione a maggioranza dei membri di una corte, non corrisponde in fondo alla decisione maggioritaria parlamentare, perché istituzionalmente i giudici non sono intesi come rappresentanti di alcunché, ma solo come interpreti-conoscitori del diritto»: osservazioni che valgono anche per contestare l'impostazione del libro di A. Pintore, più volte citato (v. in particolare pagina 117).

¹⁶⁹ V., in senso critico, R. Bin, *Diritti*, cit., 1049.

¹⁷⁰ M. Tushnet, *Taking*, cit., 29. La venatura utopica del suo pensiero mi sembra emergere dall'affermazione di pagina 154: «Doing away with judicial review would have one clear effect: It would return all constitutional decision-making to the people acting politically. It would make populist constitutional law the only constitutional law there is».

¹⁷¹ Un pertinente approccio si trova in C. Pinelli, *Interpretazione*, cit., 1018-1023.

2) Quest'ultimo viola platealmente il principio «nemo iudex in causa propria»¹⁷² e corre il rischio di mettere volpi a guardia del pollaio¹⁷³.

3) Sganciata dal crisma dell'imparzialità e dell'indipendenza – che certo caratterizza il giudice in maniera molto più consistente rispetto ai parlamentari¹⁷⁴ – la decisione dei legislatori che, a differenza dei giudici, sono stati eletti e devono essere rieletti da una maggioranza politica, si schiererà «con ogni probabilità dalla parte di quest'ultima in ogni discussione circa i diritti rivendicati contro di essa da una minoranza»¹⁷⁵.

4) Ne consegue che a una concezione compiuta di democrazia – nella quale al momento elettorale si affianca, con pari dignità, la tutela dei valori ad essa consustanziali¹⁷⁶ – rischia di sostituirsi una concezione scheletrica fondata esclusivamente sul momento rappresentativo-elettorale, degenerabile quindi in «elettocrazia»¹⁷⁷ a disposizione, secondo la prospettiva di Ackerman prima citata, più di «We the Politicians», che di «We the People».

5) Affermare che nel «caso in cui il Congresso o un organo legislativo di uno Stato siano accusati di aver promulgato delle leggi che violano le leggi fondamentali, o di aver omesso di promulgarne, si potrebbe lasciare agli elettori, nelle elezioni successive, la decisione su queste accuse»¹⁷⁸ non ha nulla a che vedere con il *judicial review*, attenendo invece all'*accountability* dell'eletto a fine mandato: una cosa è la legittimazione politica derivante dalla procedura elettorale, altra è la qualità della legislazione emanata in corso di legislatura.

6) I diritti costituzionali sono meglio tutelati quando sono intesi – à la Dworkin, o più in generale secondo i dettami del costituzionalismo di matrice liberale – come diritti individuali, vere e proprie briscole «contro lo Stato o la maggioranza»¹⁷⁹, mentre il costituzionalismo politico, considerandoli come beni comuni funzionali al buon rendimento della

¹⁷² Molti sono gli studiosi che avanzano questa decisiva obiezione: cito solo H. Kelsen, *La giustizia*, cit., 232; E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 630; R. Dworkin, *I diritti*, cit., 254.

¹⁷³ F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 82; lo stesso M. Tushnet, *The structures*, cit., 44, ipotizza, ovviamente per contrastarlo, il rischio di «putting the fox to guard the chicken-coop».

¹⁷⁴ R. Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law*, in *The Proceedings of the British Academy*, 1978, 278; O. Bachof, *Grundgesetz*, cit., 73; P. Pasquino, *Il giudice*, cit., 809. Per una recente riflessione cfr. A. Fusco, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019.

¹⁷⁵ R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 347, che così continua a pagina 348: se i legislatori «si opporranno ai desideri della maggioranza con eccessiva fermezza, essa la sostituirà con coloro che non vi si oppongono».

¹⁷⁶ A. Barak, *La discrezionalità*, cit., 192-194, cui *adde* le considerazioni svolte precedentemente.

¹⁷⁷ M. Goldoni, *Il ritorno*, cit., 753, che si ispira alle considerazioni di N. Urbinati, *Lo scettro senza il re*, Roma, 2009.

¹⁷⁸ F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 82.

¹⁷⁹ R. Dworkin, *I diritti*, cit., 255; corsivi originali.

democrazia, rischia di assorbirli in un'inquietante nebulosa di tipo organicistico-partecipatoria¹⁸⁰.

7) La decisione presa con sentenza da parte di un giudice gode di un grande vantaggio rispetto a quella maturata all'interno del sistema politico: come osserva Omar Chessa «il giudice e il tribunale costituzionale inquadrano il potere di costituzionalità della legislazione alla luce di un caso concreto controverso. Le circostanze del *judicial review* sono, perciò, diverse perché possono tenere conto di un dato esperienziale che arricchisce la riflessione dogmatica e morale in un modo che è invece sconosciuto nelle circostanze in cui il legislatore si trova a operare»¹⁸¹. È un vantaggio riconosciuto anche da Bickel laddove contrappone gli *statutes* alle *courts*: «*statutes, after all, deal typically with abstract or dimly foreseen problems. The courts are concerned with the flesh and blood of an actual case*»¹⁸². È solo dunque nel processo davanti a una corte che si materializza al massimo dell'intensità il principio, di irrinunciabile civiltà giuridica, «*audiatur et altera pars*», vale a dire la dialettica fra due punti di vista, per di più «spogliati della loro forza numerica»¹⁸³, di fronte a un terzo indipendente e imparziale.

8) Che questo terzo indipendente e imparziale non sia democraticamente legittimato non dovrebbe essere considerato una pecca che ne inficia il ruolo (come sostengono i fautori del costituzionalismo politico), ma piuttosto una virtù che lo esalta, come sostenuto dalla maggioranza della dottrina. Fra i costituzionalisti italiani vanno citati almeno Crisafulli ed Elia: il primo sostiene che la mancanza di legittimazione democratica degli organi di giustizia costituzionale «è inevitabile, ed anzi in qualche misura necessaria, se si vuole assicurare l'effettiva estraneità del *controllore* rispetto agli orientamenti e indirizzi del *controllato* ed un massimo di neutralità politica del giudice»¹⁸⁴; a giudizio del secondo è evidente «che la nozione di controllo comporta una reale diversificazione di chi controlla da chi è controllato e che perciò la legittimazione costituzionale dell'organo incaricato di garantire la Costituzione non può essere contestata per la mancanza di un collegamento diretto con il popolo elettore [...] per essere servi e custodi della Costituzione, bisogna essere giuridicamente diversificati

¹⁸⁰ ... quella che ispirava la diffidenza di Carlo Esposito nelle pagine sulla libertà di manifestazione del pensiero nei confronti di una cultura forse troppo propensa ad accentuare gli aspetti «sociali» di quella come di altre tipiche “libertà dei moderni”.

¹⁸¹ O. Chessa, *I giudici*, cit., 250, il quale a pagina 261 aggiunge questa osservazione: «Attraverso il procedimento legislativo non è possibile fare ed ottenere quello che si può fare ed ottenere per mezzo del processo giurisdizionale. Strutturalmente il legislatore non potrebbe mai svolgere un controllo di costituzionalità negli stessi termini dei giudici. Questi possono accedere a qualcosa che è precluso al legislatore: la conoscenza empirica del caso concreto controverso, dell'*hard case* in quanto caso imprevisto». Sul pensiero di questo autore vedi anche l'ultimo paragrafo.

¹⁸² A. M. Bickel, *The Least*, cit., 26.

¹⁸³ C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 53.

¹⁸⁴ V. Crisafulli, *Giustizia*, cit., 133; corsivo originale.

da chi è chiamato ad approvare le leggi»¹⁸⁵. Ma anche studiosi di discipline diverse si muovono sullo stesso binario: ad esempio Barberis – rilevato che i giudici costituzionali non sono eletti direttamente dal popolo – osserva che «neppure dovrebbero esserlo; se lo fossero, la maggioranza in seno all'organo di giustizia corrisponderebbe alla maggioranza parlamentare e risulterebbe di difficile praticabilità il controllo»¹⁸⁶; ed anche per Pasquale Pasquino il «carattere non elettivo degli organi di controllo è assolutamente decisivo al loro buon funzionamento» e «solo l'indipendenza dal principio democratico ne giustifica l'esistenza»¹⁸⁷. Sulla stessa lunghezza d'onda si attestano studiosi di altri paesi: a volerne citare qualcuno, si puoi ricordare Böckenförde, il quale insiste sul fatto che la decisione sui rapporti fra maggioranza e opposizione «deve risultare da un procedimento formale istituito da un'autorità che non prenda parte all'attuale lotta politica e che abbia una posizione indipendente rispetto ad essa»¹⁸⁸; Barak, secondo il quale se non si vuole eliminare indipendenza, neutralità ed imparzialità, il potere giudiziario «deve fondarsi sulla non rappresentatività e sull'assenza di responsabilità del giudice dinanzi all'opinione pubblica»¹⁸⁹; Dworkin, che giudica saggio che i giudici non siano eletti né rieletti «dal momento che le decisioni che essi prendono *applicano* il libro di regole così com'è ai casi particolari [e] dovrebbero essere sottratte al controllo popolare»¹⁹⁰; Rosanvallon, la cui opinione è nel senso che una «corte costituzionale deve, in effetti, incarnare strutturalmente una capacità di riflessività e di imparzialità che verrebbe distrutta con l'iscrizione all'interno di un ordine partigiano»¹⁹¹.

9) La linea di pensiero finora seguita porta inevitabilmente a svalutare la problematica tematizzata da Bickel della *counter-majoritarian difficulty* nei cui confronti in questa sede – non potendo accostarvicisi con l'analiticità e il discernimento necessari a coglierne la complessa struttura e il rapporto dialettico con il contesto giurisprudenziale e scientifico che si è venuto dispiegando negli USA dopo la pubblicazione di *The Least Dangerous Branch*¹⁹² – ci si deve limitare a ribadire alcune convinzioni prima espresse: che è consustanziale al *judicial review* la possibile contrapposizione fra decisione dei rappresentanti eletti e decisione giurisprudenziale, risultando

¹⁸⁵ L. Elia, *La Corte*, cit., 517.

¹⁸⁶ M. Barberis, *Etica*, cit., 68.

¹⁸⁷ P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2006, 318.

¹⁸⁸ E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 474.

¹⁸⁹ A. Barak, *La discrezionalità*, cit., 191, che esclude sia la responsabilità diretta che quella nei confronti del legislatore.

¹⁹⁰ R. Dworkin, *Questioni*, cit., 17; corsivo originale.

¹⁹¹ P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., 217.

¹⁹² Ci hanno provato in Italia, con penetranti risultati, Pinelli, Valentini, Chessa... i cui scritti si trovano citati nelle note precedenti.

quindi improprio il termine «difficulty»¹⁹³; che il monismo democratico è in rotta di collisione con la democrazia costituzionale, in quanto ne amputa un elemento essenziale (il combinato disposto – si potrebbe dire – di supremazia della costituzione e di supremazia dell'organo posto a sua garanzia), predisposto com'è ad assicurare l'indisponibilità dei diritti e dello status delle minoranze da parte delle maggioranze parlamentari¹⁹⁴. Fra le tante suggestioni disseminate nel testo di Bickel e fra le inquietudini che esso talvolta solleva, si può qui concludere accennando al tema della definitività-inappellabilità delle sentenze emanate dagli organi titolari della *judicial review*, assumendolo come emblema dei nodi concettuali che non si lasciano facilmente normalizzare, sfuggendo alla logica dei *checks and balances*¹⁹⁵: «judicial review – scrive Bickel a pagina 235 del suo libro più noto – [...] is the power to construe and apply the Constitution in matters of the greatest moment against the wishes of a legislative majority which is, in turn, helpless to affect the judicial decision».

Conforta sapere che nell'edificio della *Supreme Court* si trova una didascalia che, sotto il titolo “checks and balances”, recita: «sebbene la Corte occupi il massimo grado di giurisdizione del paese, il suo potere non è assoluto. Se i cittadini lo desiderano fortemente, la decisione della Corte può essere cambiata con un emendamento costituzionale»¹⁹⁶. Un'affermazione giuridicamente impeccabile, da mettere a confronto con quella, più acida, di Justice Robert Jackson: «We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final».

10) Chi guardi ad altri ambiti del diritto costituzionale, al diritto comparato, nonché al dibattito italiano in Assemblea costituente trae elementi univocamente negativi nei confronti del costituzionalismo politico.

Così, a proposito dell'autodichia in materia elettorale prevista dall'art. 66 della nostra costituzione non si può non notare il suo carattere regressivo rispetto ad esperienze (vigenti in Austria, Germania, Francia, Spagna e

¹⁹³ A conforto di tale affermazione si vedano M. J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1988, 149, secondo il quale «[f]or the non originalist no less than for the originalist, judicial review is a deliberately countermajoritarian institution»; G. Silvestri, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia, Legge Diritto Giustizia* (Annali 14), Torino, 1998, 956, il quale afferma che «la Corte non è antidemocratica [...] ma è antimaggioritaria»; E. Grosso, *Corte dei diritti e Corte dei poteri*, in A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (cur.), *Il costituzionalista*, cit., 417, che ribadisce, sulla scorta di Zagrebelsky, che «la giustizia costituzionale [...] è e deve restare contromaggioritaria».

¹⁹⁴ Quanto affermato nel testo dimostra che non sia facile «rivedere – come suggerisce C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, in *AIC, La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa* (Annuario 2006), Napoli, 2010, 58 – gli argomenti del dibattito sulla “countermajoritarian difficulty”, dalla superiore democraticità delle istituzioni elettive alla tirannia della maggioranza».

¹⁹⁵ F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 169 e 212 osserva che «la judicial review è una forma di coercizione giuridica» che si serve della forza.

¹⁹⁶ L. Corso, *I due volti*, cit., 3.

anche in Messico¹⁹⁷) che attribuiscono ad organi giudiziari il contenzioso elettorale, tipico esempio di giudice in causa propria se gestito all'interno delle Camere: non è un caso che la Commissione D'Alema avesse proposto la facoltà di ricorrere alla Consulta contro le deliberazioni sulla validità delle elezioni. Quanto al diritto comparato, è noto che l'autocontrollo politico in ordine alle questioni di costituzionalità era (ed è: si pensi alla recente costituzione cubana) tipico dei paesi del socialismo reale, non certo campioni di costituzionalismo liberale¹⁹⁸: riferendosi in particolare alla Romania, osservava nel 1977 Crisafulli che «il limite derivante dalla rigidità costituzionale si affievolisce fino a vanificarsi, quando l'osservanza ne sia affidata – a guisa di *autocontrollo* – a un organismo formato nel seno delle assemblee legislative»¹⁹⁹.

Appare grave «dimenticanza» – frutto di una autoreferenzialità americanocentrica – il fatto che il costituzionalismo politico non si confronti minimamente con questo scomodo dato comparatistico. Se, per assurdo, i costituzionalisti politici conoscessero il nostro dibattito costituente, avrebbero di che dubitare dell'originalità del loro pensiero e dovrebbero riconoscere in Nenni un loro capostipite. Volendo «mettere alla berlina la Corte costituzionale» il leader socialista così infatti argomentava nella seduta del 10 marzo 1947: «Sulla costituzionalità delle leggi non può che deliberare l'Assemblea nazionale, il Parlamento, non potendosi accettare altro controllo che quello del popolo. La progettata Corte potrà essere formata dagli uomini i più illustri, i più ferrati in materia di diritto costituzionale, ma per non essere essi gli eletti del popolo, non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento». Il giorno dopo fu la volta di Togliatti, che prima riprende la tesi di Nenni secondo cui l'istituzione di una Corte nasce dalla volontà di porre remore alla libera volontà innovatrice delle classi popolari, poi – definita la Corte una «bizzarria» – ne parla come di un «organo che non si sa che cosa sia e grazie all'istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento per esserne giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli?»²⁰⁰. Sono posizioni che, certo, non possono essere banalizzate, tanto è evidente la necessità di contestualizzarle in un complesso

¹⁹⁷ Su quest'ultimo paese v. L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia*, Roma-Bari, 2021, 304; cenni sugli altri paesi in L. Mezzetti, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020, 149; M. Cosulich, *Art. 66*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani (cur.), *La Costituzione italiana*, vol. II, Bologna, 2018, 68 ss.

¹⁹⁸ Le costituzioni degli anni Novanta e oltre di quei paesi hanno virato – come si sa – verso il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale, proprio in chiave di completamento del trapasso di regime.

¹⁹⁹ V. Crisafulli, *Giustizia*, cit., 132; corsivo originale.

²⁰⁰ Le posizioni di Nitti e Orlando – anch'essi contrari all'istituzione di una Corte costituzionale – avevano tutt'altre motivazioni e perciò non sono prese in considerazione in questo scritto.

clima politico-intellettuale²⁰¹, ma che non possono neppure essere esentati dalla valutazione di una pesante arretratezza ideologica, frutto di un deficit di cultura liberalcostituzionale che chiede di essere colmato piuttosto che prolungato: eppure ancora nel 1964 la sinistra europea, nella persona di Mitterrand che scriveva «Le coup d'État permanent», denunciava l'istituzione del Conseil constitutionnel stigmatizzandolo come «cour suprême de musée Grévin [qui] n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de course» al potere dominante²⁰². Ormai peraltro sarebbe molto difficile riconoscersi nell'etichetta «leftist» da qualcuno incollata al *political constitutionalism*²⁰³, nella consapevolezza che, aderendo ad esso, «torneremmo indietro, quanto al nostro contesto, di tanti decenni e vanificheremmo le nostre faticose conquiste costituzionali»²⁰⁴: tutto questo pur riconoscendo che il costituzionalismo politico rappresenta un orizzonte culturale capace di fungere da allerta nei confronti di possibili degenerazioni nell'ambito dell'equilibrio fra *gubernaculum* e *iurisdictio* (che viene incrinato quando la seconda si erge a «paternalistica espertocrazia giudiziaria»²⁰⁵) e di utile antidoto a una visione oracolare, talvolta emergente, del ruolo delle corti, non sempre tenuto lontano da una sorta di “zona santino”.

11) *Last but not least*, le argomentazioni che precedono si rafforzano non sul presupposto che i giudici siano migliori della classe politica, ma nella constatazione che sono diversi²⁰⁶: è corretto affermare che porre «sotto l'esame e il controllo di diversi organi, rappresentativi di diverse prospettive, l'implementazione dei diritti fondamentali potrebbe essere desiderabile non perché un'istituzione può proteggere meglio di altre questi diritti, ma per la ragione che istituzioni diverse avranno visioni differenti di come debbano essere definiti i diritti fondamentali»²⁰⁷. Il che porta a considerare che l'essenza ultima del costituzionalismo riposi sulla poliarchia, cioè su «una pluralità di poteri tutti parimenti limitati, tutti contenuti nella Costituzione, tutti di pari valore e dignità costituzionale»²⁰⁸. È questa la prospettiva che rende possibile l'attivazione di un «processo deliberativo in cui intervengono vari soggetti: gli elettori per eleggere il Parlamento, il Parlamento per fare

²⁰¹ Pagine equilibrate in questa chiave, hanno scritto G. Silvestri, *La Corte*, cit., in particolare i primi paragrafi; M. Luciani, *Alfonso Di Giovine e la riserva di legge*, in A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, D. Pamelin (cur.), *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di Alfonso Di Giovine*, Milano, 2020, paragrafo 3.

²⁰² Citato da B. François, *La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion*, in *Pouvoirs*, 2, 2003.

²⁰³ V. M. Tushnet, *The structures*, cit., 44.

²⁰⁴ G. Palombella, *La «resilienza» del diritto e i suoi compiti globali*, in *Quad. cost.*, 2013, 1059.

²⁰⁵ P. P. Portinaro, *Liberalismo*, in Angelo d'Orsi (cur.), *Gli ismi della politica*, Roma, 2010, 289.

²⁰⁶ È l'opinione di Martin Shapiro riportata da A. Garapon, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997, 159.

²⁰⁷ M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 358, richiamando studiosi come R. Cover e R. Fallon.

²⁰⁸ M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 420.

le leggi, la Corte costituzionale per annullare le leggi incostituzionali»²⁰⁹; un processo deliberativo in grado di contemperare – come, ad esempio, è avvenuto nel 2020 con la sentenza *June Medical Services v. Russo*²¹⁰ – «discrezionalità della decisione politica e sindacato giurisdizionale»²¹¹. Detto in altre parole, la poliarchia delle sedi deliberanti comporta che si ha vera legge solo *dopo* che siano intervenute la decisione politica e quella di controllo, e non *prima*²¹².

6. Costituzioni non kelseniane e judicial review

Le ultime riflessioni volte a considerare la poliarchia-polifonia dei poteri la strumentazione più funzionale a istituire un governo limitato, permettono di aprire una nuova fase di analisi idonea a misurarsi con problematiche e criticità connesse ai nuovi equilibri di potere che si fanno valere in conseguenza dell'affermarsi dello stato costituzionale, nel quale – come si è visto – volontà popolare e principio di maggioranza (impersonati dalla rappresentanza popolare) sono affiancati con pari dignità da altre istanze funzionali alla valorizzazione della supremazia della costituzione.

Si è già detto che nel costituzionalismo garantista si afferma l'equiordinazione, paradigmaticamente asseverata dalla decisione del 23 agosto 1985 del *Conseil*, fra principio democratico (*rectius*, rappresentativo) e principio di legalità costituzionale: ora bisogna aggiungere che tale equiordinazione è il riflesso di una più generale equiordinazione che caratterizza lo stato costituzionale, quella fra legislazione e giurisdizione «entrambe direttamente connesse, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione»²¹³.

Si afferma così una logica – quella dello Stato costituzionale – che, per un verso, «conosce solo poteri integralmente costituiti, nessuno dei quali può ergersi a *suprema potestas*, ad interprete esclusivo ed autentico della volontà del popolo sovrano e della Costituzione»²¹⁴; per un altro, conduce a un «diverso rapporto tra legislazione e giurisdizione»²¹⁵: esso è certo foriero di tensioni, da considerarsi però in buona parte fisiologiche, connesse come sono al rapporto tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, alla reinterpretazione cioè della classica separazione dei poteri in chiave di dialettica tra la sovranità

²⁰⁹ M. Barberis, *Etica*, cit., 78.

²¹⁰ V. l'attenta analisi di L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 2020, 4453.

²¹¹ *Op. ult. cit.*, 4466.

²¹² In termini molto simili si esprime M. Barberis, *op. e loc. ult. cit.*, laddove scrive che Parlamento e Corte costituzionale «sono solo strumenti per la formazione di una volontà democratica che [...] non esiste *prima*, ma solo *dopo* il loro intervento»; corsivi originali.

²¹³ M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 317.

²¹⁴ M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 210.

²¹⁵ M. Fioravanti, *Legislazione*, cit., 190.

popolare (ritenuta titolare di un potere costituito e non costituente) e la «presa di coscienza che le maggioranze parlamentari non sono infallibili né *naturaliter* osservanti delle norme costituzionali»²¹⁶.

Al centro di questo sistema si pongono gli organi di giustizia costituzionale, assimilabili a una sorta di giubbotto antiproiettile a protezione della costituzione nei confronti di leggi che intendano intaccarne lo status di *higher law*: «la Costituzione – commenta Fioravanti²¹⁷ – ha trovato ormai *una seconda via* per affermare la propria normatività, che è quella giurisdizionale». È attraverso questa via che si afferma la democrazia costituzionale, intesa come «paradigma più complesso» in cui «il momento decisionale convive con quello di controllo e di garanzia»²¹⁸: ed è ben noto che a coloro che colgono con partecipe storicismo la svolta epocale²¹⁹, si contrappongono quanti la rifiutano frontalmente²²⁰. Bisogna peraltro evitare una superficiale sensazione: che il potere di annullamento del giudice delle leggi cui non corrisponde alcun contropotere da parte del parlamento (v. la citazione di Bickel *retro*) presupponga non un'equiordinazione fra i due organi, ma una sovraordinazione del primo sul secondo. Si tratta infatti di un *trompe-l'oeil*, in quanto l'annullamento non avviene in forza di una inesistente supremazia di un organo su un altro²²¹, ma in forza di un'acclarata supremazia, sin dai tempi di Sieyès, del *Federalist* e della sentenza Marshall del 1803, di una fonte – la costituzione – che esprime una legalità superiore, sull'altra.

Se però si va oltre questo livello di rappresentazione in qualche modo pacificata della dinamica fra i due poli – politico e giurisdizionale – che animano i rotismi costituzionali e si spinge la riflessione sul tema delle modalità concrete di svolgimento del *judicial review*, ci si imbatte in una problematica dalla spinosa criticità: quella del tasso di creatività del giudice costituzionale e del possibile sconfinamento in territori riservati al potere politico.

²¹⁶ L. Elia, *La Corte*, cit., 517.

²¹⁷ *Op. ult. cit.*, 398; corsivo originale.

²¹⁸ R. Tarchi, *Democrazia*, cit., 477.

²¹⁹ «Il diritto non è più a totale disposizione della volontà popolare. [...] La legge ha ormai due padroni: il sovrano che la pone e il giudice che la sancisce controllandone la conformità ai testi fondanti e accogliendola nell'ordine giuridico. Non si tratta di un'opposizione tra il sovrano e un intruso, ma fra due stati della volontà del sovrano espressi da diversi titolari»: A. Garapon, *I custodi*, cit., 28.

²²⁰ Un esempio in Europa si può leggere in B. Rüthers, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modena, 2018, 111, che, a proposito del Tribunale federale tedesco, ne stigmatizza la trasformazione da *custode della costituzione a signore al di sopra della costituzione*; corsivi originali. Fra i tanti studiosi americani si può citare R. Bork, il quale sostiene che la Corte «legifera arbitrariamente» tutte le volte che interpreta il termine *libertà* «per proteggere diritti di minoranze contro il sentire della maggioranza» (L. H. Tribe, M. C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, Bologna, 2005, 71).

²²¹ Particolarmente chiaro sul punto è L. Elia, *L'esperienza*, cit., 147.

È un tema – come è evidente – da trattare senza ricorrere a facili scorciatoie, ma che richiede di essere collegato ad alcuni importanti *topoi* della riflessione giuridica, quali la consustanzialità fra diritto e interpretazione e quella fra interpretazione e sua creatività: cominciando dalla prima, di essa si ha vivida coscienza nel pensiero di molti studiosi.

Senza pretesa di completezza si può ricordare che verso la fine dell'800 Dicey, dopo aver osservato che il «fatto che la maggior parte dei poteri arbitrari dell'esecutivo inglese debba sempre essere esercitata in forza di un Atto del parlamento pone il governo [...] sotto – per così dire – la supervisione delle Corti», afferma che il «parlamento è il legislatore supremo, ma dal momento in cui il parlamento ha manifestato il suo volere in qualità di autorità legiferante, tale volere viene assoggettato all'interpretazione che è posta in essere dai giudici del paese»²²². In una nota *dissenting opinion* del 1917 il giudice Holmes riconosceva «without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially»²²³. Negli anni venti del '900 è Kelsen ad affermare che «il giudizio del giudice è esso stesso una *norma giuridica* individuale, l'individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta, la prosecuzione del processo di produzione del diritto dal generale all'individuale»²²⁴; poi, nel secondo dopoguerra, emerge il pensiero di Hart, secondo il quale nei casi di incompletezza del diritto «i Tribunali per raggiungere una decisione devono esercitare quella limitata funzione legislativa che io chiamo “discrezionalità”»²²⁵.

Quelle citate sono tutte posizioni che si svolgono nel segno dell'ineluttabile consustanzialità²²⁶ fra diritto e interpretazione, una volta che si muova dalla convinzione secondo cui il diritto, lungi dall'essere contenuto solo nella legge, è sempre il risultato di un processo evolutivo di concretizzazione al quale l'interprete (e in particolare il giudice) partecipa in maniera determinante²²⁷: del resto che l'interpretazione sia «ed è destinata a rimanere l'anima del diritto»²²⁸ è confermato dagli studi di Guastini e di Troper della fine del secolo scorso cui mi sembra corretto attenersi. Il primo

²²² A. V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale* (1885), Bologna, 2003, 348.

²²³ *Southern Pacific Co. v. Jensen*.

²²⁴ H. Kelsen, *Dottrina dello Stato*, A. Carrino (cur.), Napoli, 1994, 97, che riproduce uno scritto del 1926.

²²⁵ H. L. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 2009, 324.

²²⁶ Sulla dottrina della «discrezionalità ineluttabile» connessa all'attività d'interpretazione cfr. G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1990, 194; sul carattere interpretativo del diritto v. il cenno essenziale di R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano 1989, 331.

²²⁷ G. Volpe, *Sulla responsabilità politica del giudice*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, 4, Milano, 1997, 813.

²²⁸ R. Toniatti, *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse, R. Sabato (cur.), *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006, 86.

non esita ad affermare che «interpretare è decidere il significato di un testo legislativo. Dunque interpretare è produrre una norma. Per definizione, le norme sono prodotte dagli interpreti»²²⁹. Il secondo, premesso che l'interpretazione è la scelta tra significati diversi contenuti nel testo, sostiene che il vero legislatore non è l'autore del testo, ma l'interprete²³⁰: affermazioni che, sostanziando il passaggio «dalla centralità della produzione del diritto come atto *creativo* dello Stato alla centralità del momento interpretativo»²³¹, possono destare qualche inquietudine «rispetto a certe esigenze che il tempo passato poneva come inderogabili»²³². Realismo impone peraltro di prendere atto che i sistemi giuridici attuali si sono venuti conformando attraverso un processo di distanziamento-ribaltamento (che al momento appare irreversibile) dei valori una volta egemoni.

Tanto messo a punto, si deve ora passare all'osservazione del secondo *topos* cui si è prima fatto cenno, il rapporto tra interpretazione (del giudice, in particolare) e sua potenzialità creativa.

A dispetto di ogni teoria complottista²³³ sul passaggio da un democratico Stato di diritto a un oligarchico Stato dei giudici²³⁴ e da ogni nostalgia per la scomparsa del giudice *bouche de la loi* che si vorrebbe protagonista di una sorta di *slot machine jurisprudence*, il discorso deve prendere le mosse da più sofisticate criticità indelebilmente connesse a strutturali processi storici che hanno «ingigantito il ruolo dell'interprete, di ogni interprete»²³⁵, anche dunque del giudice²³⁶, e rinnovato la sua attività interpretativa.

In questa prospettiva si tratta (lasciando al loro destino i fantasmi di una «rivoluzione clandestina» da parte del potere giudiziario²³⁷) di orientare il discorso muovendo dalla presa d'atto della «contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli», quella per cui «il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo»²³⁸: la conseguenza, per qualcuno disturbante, ma ineludibile, «è che il diritto è

²²⁹ R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 87.

²³⁰ M. Troper, *Per una teoria*, cit., 318.

²³¹ P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 70; corsivo originale.

²³² G. Zagrebelsky, *Il diritto*, cit., 152, che richiama «la certezza e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e forse anche la posizione non *engagée* dei giudici».

²³³ «Quello che i giudici hanno congegnato è un colpo di Stato lento, sottile, ma comunque un colpo di Stato»: così un rappresentante del conservatorismo americano come R. H. Bork, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2006, 25.

²³⁴ Così B. Rüthers citato da G. Hirsch, *Verso uno Stato dei giudici?*, in *Criminalia*, 2007, III, nota 18.

²³⁵ P. Grossi, *Oltre*, cit., 69.

²³⁶ In un clima di astiosa e antistorica polemica contro il potere giudiziario, si è coniato il neologismo «giurisdizione»: cfr. M. Antonioli, A. Maniaci, *Dal principio di legalità allo Stato giurisdizionale*, Torino, 2020, 72.

²³⁷ Si veda pagina 79 del libro appena citato.

²³⁸ M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *AIC, Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale (Annuario 2004)*, Padova, 2008, 10.

incerto [...] nessuno può dire quale sia il diritto finchè le corti non lo definiscono. I giudici producono diritto ogni giorno, sebbene ammetterlo sia quasi un'eresia»²³⁹.

Eresia fa rima con patologia, ma anche con fisiologia, ed è la seconda rima che si addice a una lettura *sine ira ac studio* dell'esistente, che voglia prendere congedo dagli anacronismi prima evocati e affrontarli realisticamente: se è vero che i «giudici e la società devono convivere con il “dolore del confine” tra una consentita individuazione creatrice del diritto applicabile e una vietata creazione del diritto»²⁴⁰, vanno valorizzate le posizioni di quanti sono consci che l'«applicazione del diritto implica sempre aspetti di creazione del diritto»²⁴¹; che i giudici sono «coinvolti nella creazione della legge»²⁴²; o che parlano di creatività della funzione giudiziaria come produzione di diritto ad opera dei giudici²⁴³. Sono spunti preziosi che trovano una compiuta razionalizzazione già in un volume degli anni '60 di Lombardi Vallauri, nel quale si afferma che la giurisprudenza «è sempre in qualche misura libera ossia costretta ad inventare diritto, tende a divenire – e almeno in certi casi, in certe esperienze giuridiche inequivocabilmente diviene – anche fonte di diritto»²⁴⁴.

Dopo aver dato tanto credito all'attività interpretativa del giudice e sostanzialmente aderito alla tesi di Calamandrei secondo la quale «giurisdizionale» e «politico» non sono termini che si escludono²⁴⁵, è il realismo a imporre una sua delimitazione al fine di tracciare un confine tra essa e l'attività legislativa: ci si può in proposito rifare all'attenta analisi di chi osserva che «quando si discorre di discrezionalità del giudice in tema di clausole generali, dovrebbe sempre puntualizzarsi che questa discrezionalità,

²³⁹ Lord Denning citato da R. C. Van Caenegem, *I signori del diritto*, Milano, 1991, 113. Una citazione in qualche modo spaesante si trova a pagina 157 nota 29 dello stesso libro: lord Radcliffe diceva che il «giudice non dovrebbe essere troppo scoperto riguardo al suo ruolo legislativo. Per un giudice, se questi viene visto sviluppare diritto, c'è il rischio di una perdita di autorità, rivelandosi egli in quella occasione come un legislatore senza autorità democratica».

²⁴⁰ G. Hirsch, *Verso*, cit., 117.

²⁴¹ F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 81.

²⁴² G. Calabresi, *Il mestiere del giudice. Intervista di Diletta Tega a Guido Calabresi*, in *Quad. cost.*, 2013, 1027.

²⁴³ M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 3.

²⁴⁴ L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, VII-VIII.

²⁴⁵ P. Calamandrei, *Scritti politici*, II, Firenze, 1966, 285. Un'eco della posizione di Calamandrei sembra potersi rinvenire in E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, 15, laddove rileva, a proposito del controllo di legittimità costituzionale, la «presenza di una funzione “intermedia” [...] al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale – che conduce, da un lato, a “giurisdizionalizzare” la politica dentro le forme del processo, dall'altro a “politicizzare” la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) della pronuncia».

da intendersi come discrezionalità interpretativa, non si spinge mai fino al punto della creazione da parte del giudice»²⁴⁶.

Se poi si alza lo sguardo dall'interpretazione del giudice ordinario a quella del giudice costituzionale, i problemi evocati vengono, per così dire, pantografati: perché si tratta di un giudice di vertice e inappellabile che «giudica sempre *de apicibus*»²⁴⁷ e perché il suo parametro di riferimento – la costituzione – è un testo giuridico *sui generis* (ricco di «enunciati pericolosi», di «nozioni non giuridiche», di «clausole generali»²⁴⁸), che stabilisce e impone soprattutto «*direttive e programmi dinamici di azione futura*»²⁴⁹, e dunque, come asseriva il giudice White in una *dissenting opinion* del 1986²⁵⁰, «non è un atto che determini fini e limiti esatti delle materie che tratta; piuttosto è un documento che allude a principi fondamentali in termini carichi di valore, i quali lasciano ampio spazio all'esercizio del giudizio normativo di chi è incaricato di interpretarla ed applicarla». Questo è tanto più vero a fronte delle costituzioni europee del secondo dopoguerra, totalmente incuranti delle direttive che Kelsen aveva suggerito – in uno scritto del 1920 – per redigere costituzioni compatibili con la presenza di quel “legislatore negativo” in cui egli identificava l'organo di giustizia costituzionale: «[s]e si vuole contenere il potere dei tribunali e quindi il carattere *politico* della loro funzione [...] dev'essere il più possibile limitato l'ambito della *discrezionalità* che le leggi attribuiscono per la loro applicazione. Le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future – come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili – non devono essere formulate in termini troppo generici, non devono contenere parole d'ordine vaghe come “libertà”, “uguaglianza”, “giustizia” etc.²⁵¹. Altrimenti c'è il pericolo di uno *spostamento di potere* – non previsto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno – dal parlamento ad un organo esterno ad esso che può essere espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle rappresentate in parlamento»²⁵².

A Kelsen, insomma, non sfugge che la fraseologia generica appena riportata è vero che è usata «senza minimamente precisare di che cosa si

²⁴⁶ F. Di Marzio, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in G. D'Amico (cur.), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 139: devo alla lettura di P. Grossi, *Oltre*, cit., l'incontro con questo libro.

²⁴⁷ P. Calamandrei, *Scritti politici*, cit., 286.

²⁴⁸ F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (cur.), *Corte*, cit., 25.

²⁴⁹ M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 75; corsivo originale.

²⁵⁰ Vedila citata in L. H. Tribe, M. C. Dorf, *Leggere*, cit., 23.

²⁵¹ H. Kelsen, *La giustizia*, cit., 253-254; a pagina 189 aggiunge «equità» e «moralità».

²⁵² *Ibidem*; corsivi originali.

tratti»²⁵³; è vero che non ha grande importanza non aggiungendo «nulla alla realtà effettiva del diritto»²⁵⁴, ma è altrettanto vero che «proprio nel campo della giustizia costituzionale» può «svolgere una funzione assai pericolosa e precisamente quando si tratta di controllare la costituzionalità delle leggi»²⁵⁵: non è infatti «impossibile che un tribunale costituzionale, chiamato a decidere sulla costituzionalità di una legge, l’annuli perché ingiusta, essendo la giustizia un principio costituzionale che esso deve conseguentemente applicare. In tal caso però *il potere del tribunale dovrebbe essere considerato semplicemente intollerabile*»²⁵⁶.

Si sa che è proprio la situazione temuta da Kelsen quella che si è venuta materializzando nelle costituzioni del secondo dopoguerra e ciò spiega come «l’interpretazione della Costituzione possa essere, e di fatto sia, influenzata [...] da fattori “politici”»²⁵⁷: esse hanno avuto l’ambizione di combinare il tradizionale ruolo del costituzionalismo di garantire *liberty and property* con quello ben più pretenzioso (ma storicamente necessitato) di attivare un sistema di valori funzionali a un «progetto di riforma e di superamento di una certa società che con quei valori contrasta»²⁵⁸. Il tutto saldato dalla presenza di un organo di giustizia costituzionale, pensato da Kelsen a tutela di una costituzione-garanzia e non di una costituzione-indirizzo²⁵⁹ carica di valori proiettati nel futuro: il che rende inevitabile conferire ampi poteri discrezionali all’organo di garanzia chiamato a gestire quei valori²⁶⁰, senza che si possano escludere esiti stigmatizzabili come “imperialismo giudiziario”. In tal senso sono spesso citate affermazioni come quella del futuro *Chief Justice* C. E. Hughes secondo il quale «We are under a Constitution, but the Constitution means what the Courts say it means» (1907); ribadita dalla Corte suprema nella sentenza *Cooper v. Aaron* del 1958, dove si legge che «the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land»; ma va detto che anche nell’ambito della recente dottrina tedesca si trovano riscontri in questo senso²⁶¹.

Si è già detto che Kelsen aveva previsto e criticato duramente le possibili esorbitanze della giustizia costituzionale; si tratta ora di chiamare a

²⁵³ *Op. ult. cit.*, 189; a pagina 190 Kelsen critica tale atteggiamento ritenendo che «la costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile».

²⁵⁴ *Op. ult. cit.*, 189.

²⁵⁵ *Op. ult. cit.*, 255.

²⁵⁶ *Op. ult. cit.*, 190; corsivo mio.

²⁵⁷ T. Martines, *Diritto costituzionale*, XIV ed., Milano, 2017, 103 ss.

²⁵⁸ M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, 1995, 141.

²⁵⁹ La contrapposizione è notoriamente di M. Fioravanti, *Appunti*, cit., cap. IV.

²⁶⁰ F. Modugno, *Corte*, cit., 25, il quale sottolinea che «in ciò convergono le stesse antitetiche posizioni di Kelsen e di Schmitt».

²⁶¹ Per un esempio cfr. B. Rüthers, *La rivoluzione*, cit., 39, che cita un manuale tedesco dove si legge che è il Tribunale federale «a stabilire ciò che dice il Grundgesetz».

raccolta ogni possibile argomento in grado di ridimensionarne l'impatto sul sistema politico-costituzionale, sia pure nella consapevolezza che un paradosso iniziale è irrimediabilmente incistato nella struttura stessa delle costituzioni vigenti: quello di dover fare funzionare il *judicial review* in un *habitat* diverso – e pur storicamente ineluttabile dopo le tragedie del Novecento – da quello ad esso funzionale. Nelle parole di Mezzanotte «la placida sobrietà di una costituzione deideologizzata ed autoevidente, che rifuggendo dalle formulazioni plurivoche, chiude ogni possibile varco al pluralismo interpretativo»; breve e «priva di intonazioni trionfistiche», nella «rassegnata presa di coscienza della irreversibile rottura dell'opinione e dell'avvento del politeismo dei valori, e nella consapevolezza – assai acuta in Kelsen – che quanto più è ampio e indeterminato l'ambito della costituzione, tanto maggiore è il “carattere politico del sindacato di costituzionalità”»²⁶².

Eppure, a chi ha a cuore la democrazia costituzionale (in quanto garanzia dei diritti e tutela dei valori costituzionali nei confronti delle possibili prevaricazioni della maggioranza) è richiesta una finezza interpretativa che eviti la semplificazione brutale di identificare i tribunali costituzionali in «una sorta di corpo legislativo non eletto»²⁶³ e provi a disegnare confini il meno labili possibili fra attività *lato sensu* creatrice del giudice e legislazione parlamentare.

In questa prospettiva si può valorizzare la posizione che Kelsen assumeva nel 1930 a proposito dell'interpretazione, che in qualche modo sarà ripresa – come si è visto – da Calamandrei quando discorre di non incompatibilità fra «giurisdizionale» e «politico».

Scrivendo il giurista di Praga nel saggio “Chi deve essere il custode della Costituzione?”²⁶⁴: «in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento decisorio, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica, ma non la “vera” giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere che dà alla

²⁶² C. Mezzanotte, *Corte*, cit., 15-16 e 70. Implicitamente tiene conto dell'ultima osservazione L. Elia, *Il potere creativo delle corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa*, Padova, 1988, 221, laddove scrive che forse «diritto giurisprudenziale, specialmente per quanto riguarda le corti costituzionali, vuole alludere ad una figura complessa in cui al necessario intervento sulle leggi può eventualmente accompagnarsi un elemento creativo».

²⁶³ R. Dahl, *Quanto*, cit., 107; v. anche 15 e 40.

²⁶⁴ Ora in H. Kelsen, *La giustizia*, cit., 242.

funzione giudiziaria lo stesso carattere “politico” che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione. Il carattere politico dell’una e dell’altra presenta una differenza puramente quantitativa e non già qualitativa». Altrettanto incisiva è l’affermazione che Kelsen fa nel saggio “Lineamenti di teoria generale dello Stato” (1926)²⁶⁵: «il giudizio del giudice è esso stesso una *norma giuridica* individuale, l’individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta, la prosecuzione del processo di produzione del diritto dal generale all’individuale. Solo il pregiudizio secondo il quale tutto il diritto è racchiuso nella norma generale, solo l’erronea identificazione del *diritto* con la *legge*, poteva offuscare questa nozione». E ancora: «il compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l’atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della Costituzione, le leggi giuste»²⁶⁶.

Con questi ragionamenti Kelsen offre una base concettuale per poter affermare che il *judicial review* è costituito da due anime indissolubilmente compenstrate, giuridica e politica²⁶⁷: nel senso che l’organo che amministra la giustizia costituzionale nel momento stesso in cui si comporta da giudice (emana cioè una sentenza) innesca una potenzialità creativa riconducibile al “politico”; ma – a prospettiva invertita – per dispiegare quella potenzialità non può che utilizzare le tecniche decisorie proprie del giudice²⁶⁸. Affinando il ragionamento, lo si può fruttuosamente incrociare con il pensiero di Calamandrei, Crisafulli ed Elia, di tre giuristi, cioè, che, ciascuno a suo modo, si sono misurati, con riferimento alla giustizia costituzionale, con il tema della differenza fra creatività giurisprudenziale e deliberazione legislativa. Il primo afferma che quello del giudice è «un potere legislativo non libero, ma *comandato dalla Costituzione*», nel senso che può essere esercitato per soli motivi di incostituzionalità²⁶⁹. Il secondo si attiene a una posizione di stretto formalismo: se «di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi [...] che si tratterebbe di una legislazione *a rime obbligate*. La

²⁶⁵ Vedilo riprodotto in H. Kelsen, *Dottrina dello Stato*, A. Carrino (cur.), Napoli, 1994, 97; corsivi originali.

²⁶⁶ H. Kelsen, *Lineamenti di teoria pura del diritto*, Torino, 1970, 123.

²⁶⁷ Questo è uno dei *leitmotiv* del libro di Cheli, *Il giudice*, cit.: v. in particolare le pagine 31, 80 e 125. Di recente ha ribadito la tematica della doppia anima, politica e giurisdizionale, della Corte, G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4, 2020. Si veda anche R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017.

²⁶⁸ Mi sembra che colga la complessità della situazione K. Hesse (citato da J. Habermas, *Fatti e norme*, Milano, 1996, 291) laddove scrive che «le decisioni assunte dalla giustizia costituzionale contengono un momento di creatività. Ma *ogni* interpretazione ha carattere creativo. Essa resta *interpretazione* anche quando serve a decidere questioni di diritto costituzionale, e anche quando ha per oggetto quelle norme comprensive ed aperte che sono peculiari del diritto costituzionale. Concretizzare queste norme è forse più difficile che concretizzare prescrizioni più dettagliate; ciò non toglie tuttavia che si tratti, in entrambi i casi, di procedimenti strutturalmente analoghi»; corsivi testuali.

²⁶⁹ P. Calamandrei, *La legittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (1950), ora in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 388; corsivo originale.

Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore»²⁷⁰. Quanto alla posizione di Elia, egli distingue fra attività innovativa (estranea alla Corte) e attività creativa che la Corte pone in essere, ma non in chiave di creatività *ex nihilo*, ma di creatività strumentale all'*adaequatio* della legislazione sottoposta al suo controllo alla Costituzione²⁷¹.

Intento (e, in qualche misura, merito) di queste posizioni è quello di salvaguardare strenuamente il carattere giurisdizionale del *judicial review*, inchiodandolo nel ruolo di bocca della costituzione al fine di tenerne a freno l'immanente vocazione creatrice: contengono dunque un nocciolo di verità, ma sarebbe una forzatura utilizzarle al fine di negare la complessità del ruolo della giustizia costituzionale; vorrebbe dire dimenticarsi che le costituzioni di cui le corti sono custodi sono il più politico degli atti giuridici²⁷² e che dunque le controversie intorno ad esse inevitabilmente attirano l'organo di giustizia costituzionale «nel campo gravitazionale del politico»²⁷³.

Del resto, si può non immotivatamente proporre una sorta di simmetria fra status della costituzione e ruolo del *judicial review*: come il primo riassume in sé i caratteri di norma giuridica e di documento di indirizzo politico (con massima intensità negli articoli dal forte carattere programmatico), così l'organo di giustizia costituzionale si dispiega, a seconda delle circostanze in cui è chiamato ad operare, nella stessa duplice dimensione espressa dalla costituzione²⁷⁴. Si può anche parlare di «ambiguità» al suo riguardo²⁷⁵, purché il termine si limiti a connotare la qualità delle sue decisioni (nelle quali si mescolano – a cominciare dalla Corte USA – giuridicità e politicità), ma non la qualità del suo status: se si parla di controllo *giurisdizionale* l'aggettivo deve essere considerato essenziale, e dunque deve connotare una realtà che non può che essere disciplinata secondo i canoni della giurisdizionalità e secondo quei canoni deve essere percepita anche a livello di simbologia pubblica, essendo l'aura di giurisdizionalità, portatrice com'è di valori di indipendenza e di imparzialità,

²⁷⁰ V. Crisafulli, *La corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. Cost.*, I, 1976, 1707; corsivo nel testo.

²⁷¹ Il pensiero di Elia in argomento è ben sintetizzato da V. Marcenò, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale come discrezionalità della scelta dei mezzi in funzione dell'adaequatio negli scritti di Leopoldo Elia*, in M. Dogliani (cur.), *La lezione di Leopoldo Elia*, Napoli, 2011, 249 ss.

²⁷² A. Torre, *L'intrinseca politicità della giurisdizione costituzionale*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, 394.

²⁷³ E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., che così prosegue: se la giurisdizione costituzionale «percepisce il proprio compito in modo giusto, dal punto di vista funzionale, e corretto, dal punto di vista sostanziale, allora essa ha necessariamente, in questo senso, una dimensione politica».

²⁷⁴ Le considerazioni del testo si ispirano al pensiero di E. Cheli, *Il giudice*, cit.: v. in particolare le pagine 31-32, 80, 125.

²⁷⁵ È sempre Cheli, *op. ult. cit.*, a leggere la giustizia costituzionale sotto il segno dell'ambiguità: v. in particolare le pagine 31 e 125.

l'unica a poter fondare la legittimazione di un istituto come il *judicial review*²⁷⁶, che pure si colloca fuori dalla classica tripartizione dei poteri. Ne è prova che anche la dottrina – quella francese – più disinvolta nel parlare di «régime concurrentiel d'énonciation des normes»²⁷⁷ a proposito del proprio sistema di controllo di costituzionalità²⁷⁸ o quella tedesca che parla di sostanziale contitolarità dell'indirizzo politico fra Tribunale costituzionale tedesco e Governo²⁷⁹, o ancora, per quanto riguarda l'Italia, di «funzione di collaborazione della Corte con il potere legislativo»²⁸⁰, non rinuncia ad asseverare con forza il carattere giurisdizionale dell'organo. C'è una ragione di fondo che spinge verso questa soluzione: la necessità di limitare i poteri dell'organo titolare del *judicial review*. Solo gli organi giurisdizionali, infatti, sono, negli ordinamenti di democrazia costituzionale, sigillati in un'armatura ferrea che impone loro una serie di costrizioni esterne e interne in grado di disciplinarne le potenzialità operative. Ed è proprio questa ferrea armatura che fa la differenza tra il produrre diritto attraverso sentenze e produrlo attraverso leggi²⁸¹: da parte della dottrina unanime si parla in proposito di passività processuale (*nemo iudex sine actore*), di imparzialità (*nemo iudex in causa propria*), della garanzia del contraddittorio (*audiatur et*

²⁷⁶ In questo senso si esprime anche G. Silvestri, *Poteri attivi e poteri moderatori*, in L. Luatti (cur.), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994, 33.

²⁷⁷ La disinvolvatura è in buona parte giustificata dal fatto che il controllo del *Conseil* è soprattutto attivato in via preventiva e da organi o da realtà politiche. Significativo, ad esempio, l'articolo di B. François, *La perception*, cit., impostato sul presupposto che il *Conseil* sia una sorta di terza camera.

²⁷⁸ La frase fra virgolette è di D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 1993, 408. Più articolata la posizione di M. Troper, *Justice constitutionnelle et démocratie*, in *Rev. fr. dr. const.*, 1990, I, 40 secondo il quale «sous la V^e République la fonction législative est exercée par un organe complexe, dont l'un des organes partiels est l'ensemble formé par le Gouvernement et le Parlement [...] et dont l'autre organe partiel est l'ensemble formé par l'une des autorités de saisine et du Conseil constitutionnel lui-même». Naturalmente queste posizioni non sono unanimemente seguite dalla dottrina francese: il dibattito è ben sintetizzato da D. Mineur, *Le Pouvoir de la majorité*, Paris, 2017, 209 ss., al quale vanno aggiunte le aspre considerazioni critiche di J. Krynen, *Le Théâtre juridique*, Paris, 2018, 12: «À l'État tout-puissant a bien succédé l'État de droit. Vive l'État de droit? Il faut prendre garde. Au stade actuel de son évolution, il ne sert pas la démocratie. Son fonctionnement échappe aux représentants du peuple. Il est placé entre les mains d'une trinité de juges nationaux (Conseil constitutionnel, Cour de cassation, Conseil d'État). Également sous le contrôle de la justice européenne».

²⁷⁹ R. Tarchi, *Democrazia*, cit., 561. Non mi sembra scorretto ricordare la dottrina proposta nel 1957 da P. Barile: lo studioso fiorentino poneva sullo stesso piano Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale, e riconosceva loro la contitolarità dell'indirizzo politico, distinguendo peraltro tra la funzione «stimolante» dei primi due e quella «paralizzante» degli altri due (l'articolo si può ora leggere in P. Barile, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 226 ss.).

²⁸⁰ F. Modugno, *Corte*, cit., 101.

²⁸¹ L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte* (ottobre 1981-luglio 1985), in AA. VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 312.

altera pars), del rispetto del principio di legalità e di quello di *non liquet*.

Non c'è che da aggiungere la regina delle caratteristiche dell'attività giudiziaria (e quella più strettamente connessa alla logica del costituzionalismo²⁸²): l'obbligatorietà della motivazione, tanto più necessaria in un contesto in cui il controllo di legittimità costituzionale non si limita alla forma, ma si estende al contenuto delle leggi²⁸³ ed aspira ad avere l'ultima parola²⁸⁴. Forse non è azzardato, parlare a proposito della motivazione di una forma *sui generis* di *accountability*²⁸⁵, in quanto funzionale, nel suo rilievo extraprocessuale, per un verso, all'esposizione al pubblico e al controllo da parte della collettività delle ragioni della sentenza²⁸⁶, dando così pregnanza al fatto che essa è emanata in nome del popolo²⁸⁷; per altro verso, alla necessità di imporsi, grazie alla forza e alla coerenza del ragionamento, alle altre autorità costituzionali, dal parlamento alle altre giurisdizioni²⁸⁸.

7. Ultime considerazioni

In questo paragrafo vorrei provare a combinare due ordini di considerazioni in ambiguo rapporto tra loro, in quanto il primo tende a sdrammatizzare²⁸⁹ il ruolo effettivo che il *judicial review* gioca nella democrazia costituzionale, l'altro a rimarcare l'importanza del suo ruolo, non solo sul piano teorico.

Cominciando dal primo, si può innanzitutto osservare che il controllo di legittimità costituzionale, lungi dall'essere l'unico vincolo che limita il potere politico, si inserisce in una serie di condizionamenti strutturali e funzionali che lo ingabbiano potentemente: la forma di civilizzazione del potere che si identifica nel costituzionalismo ha trovato infatti una strada maestra per cercare di raggiungere l'obiettivo sintetizzato dalla formula "checks and balances". Si tratta in sostanza di istituire una polifonia di poteri compatibili fra loro in quanto volti ad istituire «un governo limitato, nel

²⁸² F. J. Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, Torino, 2020, 138: è «la stessa logica del costituzionalismo, e della esigenza di limitazione del potere ad esso connaturata, ad imporre al giudice l'obbligo di motivare la propria decisione, quando illustra le ragioni su cui si fonda, gli argomenti presi in considerazione che lo hanno portato ad adottare una decisione concreta e determinata, scegliendo tra varie possibilità a disposizione». Si veda anche, in senso conforme, C. Pinelli, *Interpretazione*, cit., 1023.

²⁸³ Lo ricorda in più punti del suo libro E. Cheli, *Il giudice*, cit., 20 e, con riferimento alla pressoché nulla operatività dell'art. 28 della legge 87/1953, pagine 45 e 78.

²⁸⁴ L. Elia, *Il potere*, cit., 229: «le corti costituzionali possono avere veramente – ed hanno – l'ultima parola, ma questo non le autorizza a superare certi limiti. E il limite risiede soprattutto nella motivazione».

²⁸⁵ A. Gamper, *Corte costituzionale austriaca e legittimazione democratica*, in D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Giurisdizione*, cit., II, 13.

²⁸⁶ M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., 88.

²⁸⁷ P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, cit., 233-234.

²⁸⁸ M. Troper, *Per una teoria*, cit., 322-323.

²⁸⁹ Parla di «sdrammatizzazione» della difficoltà contromaggioritaria, O. Chessa, *I giudici*, cit., 260; V. Marcenò, *La sdrammatizzazione*, cit., 249.

significato specifico di un governo inclusivo di poteri che risultano essere tutti intrinsecamente limitati, proprio perché non originari, ma derivati dal potere costituente che li ha previsti in Costituzione con certe attribuzioni, con la conseguenza di considerarli legittimamente operanti solo in un determinato ambito previamente definito e li ha inoltre disposti in modo che possano e debbano reciprocamente limitarsi e frenarsi, secondo le tecniche del bilanciamento che risalgono al costituzionalismo più nobile»²⁹⁰. In secondo luogo, va messo in luce che solo una scienza costituzionalistica di tipo entomologico può trascurare il fatto che, per quanto epocali possano essere alcune sentenze emanate in sede di controllo di costituzionalità, rimane pur sempre abissale, considerato nel suo complesso, il divario fra l'impatto che sul sistema politico-sociale hanno le decisioni degli organi democraticamente eletti e quello indotto dalla giurisprudenza costituzionale. Una volta associato – come si è fatto nelle pagine precedenti – il carattere interstiziale del diritto giurisprudenziale²⁹¹, per quanto fatto salire di tono da una legislazione sempre più di principio²⁹², rimane incontestabile, per un verso, che «con l'arma della pronuncia di accoglimento è impossibile realizzare programmi di legislazione e sostituirsi al legislatore nelle grandi scelte di riforma legislativa»²⁹³ e che la limitazione di potere subita da parlamento e governo attraverso il controllo giurisdizionale è di entità assai modesta²⁹⁴; per l'altro, che è compito «della legislazione sviluppare indirizzi politici generali; e della giurisdizione ripulire i difetti fatti emergere anche

²⁹⁰ L. Elia, *L'esperienza*, cit., 147-148: il maestro non esemplifica, ma mi sembra evidente che pensi alla separazione dei poteri (sia intesa in maniera classica, che come dualismo fra *gubernaculum* e *iurisdictio*, che come contrapposizione tra *continuum* maggioritario e opposizione); al controllo di legittimità costituzionale sulle leggi; alla distinzione fra poteri con funzioni stimolanti e quelli con funzioni paralizzanti (v. *retro* nota 279); alle situazioni di potere politico condiviso fra più organi; al bicameralismo nelle sue diverse declinazioni; al referendum; all'*impeachment*...

²⁹¹ R. Dworkin, *Questioni*, cit., 7; A. Barak, *La discrezionalità*, cit., 227. O. Chessa, *I giudici*, cit., 254 ricorre alla metafora dell'ascia (impugnata dal potere politico) e del bisturi (impugnato dal potere giurisdizionale) per visualizzare la differenza di forza conformante del potere politico, in grado di dettare tempi e modi di progetti riformatori talvolta di ampio respiro, rispetto a quello giurisdizionale i cui interventi sono strutturalmente frammentari, parcellizzati, interstiziali: in sintesi – come si dirà anche nel testo – macrosistemici i primi, microsistemici i secondi. Un'altra metafora minimalista è utilizzata da G. U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *AIC, Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici (Annuario 1998)*, Padova, 1999, 129: la Corte costituzionale «è come un sarto che mette a punto un vestito già fatto da altri, e dunque non può ristrutturarlo negli aspetti portanti, ma solo migliorarlo nei particolari (allungare una manica, togliere una piega, e simili)». Il pensiero dello stesso studioso è più aspramente esplicitato con riferimento all'art. 3, secondo comma Cost., in uno scritto più recente: G.U. Rescigno, *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in E. Ghera, A. Pace (cur.), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, in particolare 124-125.

²⁹² A. Barak, *op. ult. cit.*, 231.

²⁹³ O. Chessa, *I giudici*, cit., 254.

²⁹⁴ O. Bachof, *Grundgesetz*, cit., 80.

dai problemi che le disposizioni hanno prodotto in fase di applicazione»²⁹⁵, rimanendo escluse, almeno nella maggioranza dei casi, forme di suprematismo giudiziario²⁹⁶.

Date queste premesse, ne deriva la conseguenza che, per quanto riguarda la disciplina dei diritti fondamentali, la tutela macrosistemica si colloca a livello legislativo, in quanto il legislatore è «dotato di possibilità ampie e molteplici di intervento sull'economia e la società», mentre al giudice costituzionale è riservata la «tutela microsistemica, limitata dalle stesse modalità procedurali di un intervento di un organo legato alla sua matrice giurisdizionale»²⁹⁷: il che significa che la centralità storica della legge e il primato della politica non risultano seriamente intaccate dal *judicial review*, risultando al contrario confermato che «i poteri esecutivo e legislativo hanno un potere intrinseco maggiore»²⁹⁸.

Questa analisi risulterebbe confermata dall'osservazione empirica – sviluppatasi con riferimento agli Stati Uniti – degli atteggiamenti delle corti che gestiscono il *judicial review*: è ormai di dominio comune la consapevolezza che, considerata nel medio-lungo periodo, la giurisprudenza costituzionale finisce per allinearsi agli indirizzi politici di fondo espressi dal potere governante²⁹⁹. Pertanto alla considerazione secondo cui la Costituzione è quello che i giudici dicono che sia si rende necessario affiancare un'altra che tenga presente i condizionamenti politico-sociali che influiscono sulle loro decisioni³⁰⁰, fra i quali si affaccia anche la dicotomia fra democrazia consensuale e democrazia maggioritaria³⁰¹: se ne conclude, sia pure con le dovute problematizzazioni, che la Corte nel medio-lungo periodo «è costretta ad inchinarsi ai reali vincoli democratici», sicché risulterebbe smentita sul piano empirico l'esistenza della stessa *counter-majoritarian difficulty*³⁰². Della tesi secondo la quale «gli orientamenti giurisprudenziali convergono sempre sui grandi indirizzi di fondo delle forze politiche, dei movimenti di opinione dominanti e del complesso degli attori costituzionali»³⁰³ si fa promotrice negli USA una nutrita corrente culturale,

²⁹⁵ R. Tarchi, *Democrazia*, cit., 550.

²⁹⁶ M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 395.

²⁹⁷ G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, Roma-Bari, 2009, 100, il quale a pagina 108 osserva che l'«intervento del giudice non può che essere “correttivo”, non nel senso di minimale, ma nel senso di circoscritto al profilo della questione ritualmente sollevata».

²⁹⁸ S. M. Griffin, *Il costituzionalismo*, cit., 203.

²⁹⁹ A. Pierini, *Corte*, cit., 82 ss. descrive accuratamente questo filone di ricerche, iniziato da Dahl a metà degli anni '50, «concordemente dirette a sostenere il ruolo di “istituzione maggioritaria” nei fatti attribuibile alla Corte Suprema».

³⁰⁰ V. le interessanti informazioni riportate da L. Corso, *I due volti*, cit., 146 ss.

³⁰¹ Osservazioni al riguardo in R. Tarchi, *Democrazia*, cit., 549.

³⁰² A. Pierini, *op. e loc. ult. cit.*; O. Chessa, *I giudici*, cit., 255, richiamandosi agli studi già ricordati di Dahl, arriva ad affermare che «la valenza contromaggioritaria del *judicial review* è tesi inesatta sul piano empirico».

³⁰³ O. Chessa, *I giudici*, cit., 274. Inquietante la testimonianza (in I. Fassassi, *Justice*, cit.,

i cui componenti non sono certo succubi dell'irresistibile fascino del *judicial review*. Il primo da citare (anche perché autore delle più risalenti ricerche in argomento) è Dahl³⁰⁴, il quale alla fine degli anni '80 constatava che «le convinzioni di una maggioranza della Corte Suprema sono generalmente conformi a quelle prevalenti all'interno della maggioranza legislativa del paese. Presupporre una situazione diversa da questa non sarebbe affatto realistico. I custodi parziali della Corte Suprema di rado si oppongono per più di qualche anno alle principali opzioni politiche proposte da una maggioranza di votanti»³⁰⁵. Ma già una ventina d'anni prima e poi una decina d'anni dopo erano stati studiosi come Bickel e Tushnet a canonizzare questa tendenza. Il primo scrive: «the Supreme Court's law [...] could not in our system prevail [...] if it ran counter to deeply felt popular needs or convictions, or even if it was opposed by a determined and substantial minority and received with indifference by the rest of the country. This, in the end, is show and why judicial review is consistent with the theory and practice of political democracy. This is why the Supreme Court is a court of last resort presumptively only»³⁰⁶. Sulla stessa lunghezza si pongono le considerazioni del secondo laddove scrive che «looking at judicial review over the course of U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national political coalition wants. Sometimes the courts deviate a bit, occasionally leading to better political outcomes and occasionally leading to worse ones. Adapting a metaphor from electrical engineering, we can say that judicial review basically amounts to noise around zero: It offers essentially random changes, sometimes good and sometimes bad, to what the political system produces»³⁰⁷. Da questo ordine di considerazioni si dovrebbe uscire con la convinzione che ha ragione Dahl quando sostiene che i giudici costituzionali sono – e devono essere – indipendenti nelle singole dispute, ma non dagli orientamenti di fondo del sistema politico e ha ragione Shapiro quando afferma che dai giudici ci aspettiamo che siano «indipendenti al dettaglio, non all'ingrosso!»³⁰⁸:

598) del giudice Frankfurter, membro della Corte che ha emesso la sentenza *Brown* (1954), il quale ha ammesso che, se avesse dovuto giudicare il caso nel 1940, avrebbe votato a favore della segregazione, seguendo l'onda dell'opinione pubblica.

³⁰⁴ Di lui M. Tushnet, *The structures*, 61, sintetizza il pensiero scrivendo che «Robert Dahl observed of the US Supreme Court that the Supreme Court's actions over a reasonably extended time period were rarely out of line with the policy views of the then-governing political coalition».

³⁰⁵ R. Dahl, *La democrazia e i suoi critici* (1989), Roma, 1990, 287: trasparente mi sembra il riferimento allo scontro fra Roosevelt e Corte durante il periodo del *New Deal*. V. comunque M. Tushnet, *Taking*, cit., 134.

³⁰⁶ A. M. Bickel, *The Least*, cit., 258.

³⁰⁷ M. Tushnet, *Taking*, cit., 153.

³⁰⁸ Mi avvalgo della sintesi di C. Guarnieri, *Giustizia e politica*, Bologna, 2003, 44. Opportuna appare peraltro, e compatibile con le posizioni di Dahl e Shapiro, l'osservazione secondo cui se «di un effetto maggioritario dell'esercizio del *judicial review* può parlarsi, lo si può fare [...] solamente in senso generale, come sensibilità dei

sarebbe la logica stessa del sistema – come è stato acutamente osservato, rifacendosi al pensiero di Dahl – che depriva i garanti inseriti in contesti democratici «della possibilità di seguire, alla lunga, vie di legittimazione che in un modo o in un altro alla fine non colino verso una compartecipazione del garante alla complessiva democraticità del sistema» o, addirittura, alle tendenze delle maggioranze in atto³⁰⁹.

Il *judicial review* comunque, anche sdrammatizzato – sia pure con le necessarie cautele metodologiche necessarie per non attizzare oltre misura i bollenti spiriti dell'empirismo – sotto il profilo del reale impatto che esso ha sulla effettiva dinamica politico-sociale (che può non trovare corrispondenza nella distinzione tematizzata dalla Corte suprema nella *Foot Note Four* fra *strict scrutiny* e sindacato standard), non può essere esentato da un supplemento di riflessione, che porta al secondo ordine di considerazioni cui si è fatto cenno all'inizio del paragrafo. Tale riflessione muove dalla presa d'atto della circostanza che la democrazia costituzionale si dispiega in un percorso le cui tappe segnano un'irresistibile progressione verso un approdo elitario³¹⁰: si passa dalle decine di milioni di elettori, alle poche centinaia di rappresentanti, alle poche decine di membri dell'esecutivo al cui vertice è insediato un uomo o una donna. A questo complesso di organi politici, si affianca poi, nella versione elitista del costituzionalismo³¹¹, quello della giustizia costituzionale, i cui organi sono composti da un numero molto limitato di giudici. La maggioranza di essi può annullare o convalidare inappellabilmente una legge (di fatto sindacata nel contenuto oltre che nella forma³¹²) che ha in genere un molto tenue (e talvolta molto lontano) legame con la volontà espressa dal corpo elettorale il giorno del voto: questo è l'esito finale del processo di aristocratizzazione che iniziato il giorno del voto si conclude sulle pagine delle gazzette ufficiali dei vari paesi per dare pubblicità alla legge e/o alla sentenza che l'ha giudicata.

Orbene, l'aver preso atto, anche grazie a ricerche empiriche, che la cd. difficoltà contromaggioritaria si può nel medio-lungo periodo mitigare fino a un sostanziale *appeasement*, se può placare le inquietudini dei critici più o meno radicali del *judicial review*, comporta che il costituzionalismo, nella sua dimensione di limitazione giuridica del potere politico, ne esca alquanto compromesso, posto che tale dimensione si realizza pienamente solo se

giudici rispetto al contesto politico e culturale nell'ambito del quale l'interpretazione ed applicazione della Costituzione sono chiamate a produrre i propri effetti, restando quindi preservata la discrezionalità dell'interprete nelle singole decisioni» (A. Pierini, *Corte*, cit., 95).

³⁰⁹ S. Niccolai, *I poteri*, cit., 142.

³¹⁰ Cfr., se vuoi, A. Di Giovine, *Dal principio*, cit., 59 ss.

³¹¹ L. Corso, *I due volti*, cit., 11, la quale distingue «fra un costituzionalismo *elitista* e un costituzionalismo *popolarista*»; corsivi suoi.

³¹² Con riferimento al caso italiano – non diverso da quello di altri paesi – cfr. E. Cheli, *Il giudice*, cit., 20 e 45; M. Luciani, *Una legislazione penale più coerente*, in *Giur. Cost.*, 1995, 370; G. Silvestri, *Del rendere*, cit., 1 estratto.

potere governante e potere di controllo si confrontino in chiave dialettica e non consociativa: il che esige che se al secondo è affidata la tutela dei diritti fondamentali, ciò non può che implicare una *deminutio* del potere politico (non a caso temuta – come si è visto – dal *political constitutionalism*), che si vede sottrarre dalla sua agenda un significativo spazio d'azione. Sembra nel giusto Dahl quando afferma che anche «se l'autorità dei custodi parziali [alias i giudici costituzionali n.d.r.] si limitasse a poche questioni di diritti e interessi fondamentali, il demo si vedrebbe necessariamente privato del controllo delle stesse: [...] *più è vasta la portata dei diritti e degli interessi soggetti alla decisione finale dei custodi parziali, più si restringe quella del processo democratico*»³¹³.

È come dire che la democrazia costituzionale – una volta acclarato che qualunque «forma di governo democratica incorpora qualche elemento aristocratico»³¹⁴ – esibisce logiche non malleabili con riferimento ai rapporti fra il versante ascrivibile al principio democratico e quello ascrivibile al principio liberale (e garantistico): se si vuole mantenere intangibile il secondo, nella convinzione che è la tutela della libertà e dignità³¹⁵ della persona il vero valore aggiunto dello Stato costituzionale, c'è un costo da pagare in termini di “democraticità” del sistema³¹⁶.

A non pagarlo si determina un'asimmetria fra élites politiche (incardinate nella rappresentanza) ed élites giudiziarie (che controllano le decisioni delle prime) a vantaggio dei rappresentanti: un'asimmetria che potrebbe incidere sul concetto di “democrazia costituzionale”, intesa come democrazia «moderata» dal costituzionalismo³¹⁷, e su quello di “costituzionalismo”, inteso come combinazione – storicamente inveratasi, sia pure con le aporie prima evidenziate³¹⁸ – fra democrazia ed elitismo.

Alfonso Di Giovine

Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Torino
alfonso.digiovine@unito.it

³¹³ R. Dahl, *La democrazia*, cit., 285; corsivo mio.

³¹⁴ M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, 10.

³¹⁵ Da segnalare, in tema di dignità, la monografia di M. Di Ciommo, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010.

³¹⁶ Secondo M. Barberis, *Etica*, cit., 58, «quando si fa teoria della democrazia [...] democrazia e liberalismo devono essere tenuti distinti [...] Per dir così: democrazia è democrazia, e non diritti, giustizia o pace».

³¹⁷ E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 488.

³¹⁸ Mi riferisco in particolare al sovrappiù di «giuristocrazia» che Kelsen avrebbe voluto evitare.

A proposito di Mauro Volpi

di Giuseppe Franco Ferrari

1. – La produzione scientifica di Mauro Volpi, come d'altronde la sua vita professionale di accademico, è quella di uno studioso a tutto tondo. Come sul piano della carriera, ha svolto stabilmente didattica nel diritto costituzionale, nel diritto pubblico comparato, nella giustizia costituzionale; come sul piano accademico ha svolto ruoli istituzionali, da direttore di dipartimento a preside di facoltà, da coordinatore di dottorato di ricerca a responsabile di progetti internazionali; così sul piano scientifico la sua produzione ha investito praticamente tutti i settori del diritto pubblico, nella dimensione interna ed in quella comparata. Discuterla in dettaglio, quindi, è impensabile. Alcuni settori di essa, tuttavia, meritano una analisi approfondita.

2. – Una parte cospicua degli scritti di Mauro Volpi è dedicata alla forma di Stato, nelle sue diverse declinazioni. I lavori “di punta” in questa area tematica sono rappresentati dal saggio sul n. 3/1995 di Quaderni costituzionali e dal V capitolo del Manuale di diritto pubblico comparato curato con Giuseppe Morbidelli, Lucio Pegoraro e Antonio Reposo. Si tratta di saggi di grande spessore scientifico e nondimeno molto utili ai fini didattici, in cui in certo modo precipitano riflessioni di anni di studio e insegnamento. Qui il metodo comparatistico è declinato insieme alla storia costituzionale, alla scienza politica e persino a considerazioni sistematiche di carattere filosofico. Il dato di partenza è rappresentato dalle teorie della sovranità, utilizzate come base della tassonomia per valutarne le possibili ricadute sulle classificazioni delle forme composte. Al di là del rigore metodologico, almeno due importanti profili di questi lavori meritano di essere segnalati.

Il primo è la precoce antivisione degli sviluppi della forma istituzionale dell'Unione Europea, che al tempo incominciava a destare qualche interesse ma non aveva ancora raggiunto i livelli di attenzione e di approfondimento degli anni successivi. Le lucide considerazioni del nostro autore anticipano schemi che emergeranno solo tempo dopo e attestano non solo la sua capacità sistematica, ma anche l'inusuale attitudine a collocare nello scenario consolidato anche se mobile di forme collaudate figure nuove e in divenire rapidissimo.

Il secondo è il ricorso ai principi costituzionali, con particolare riguardo alle declinazione dei principi di autonomia e di partecipazione per elaborare concetti intorno alle *intergovernmental relations* e persino al *fiscal federalism*. In quel momento storico, l'attenzione a simili problemi era confinata al mondo anglo-sassone; avrebbe cominciato ad interessare la letteratura giuridica italiana solo dopo la revisione costituzionale del Titolo V, ed anche allora si sarebbe registrato un approccio appiattito, almeno inizialmente, sulle elaborazioni anglofone, fino all'esplosione di scritti tra il 2008, data della legge 42, e il 2011, quando i costi standard, faticosamente portati a maturazione in quel triennio, vengono sciaguratamente accantonati del tutto (e con essi ogni speranza di attuazione dell'art.119 della Costituzione nel nuovo testo) in nome della contingenza e di tagli piatti, necessitati in gran parte dalle pressioni europee. Una visuale, dunque, originale rispetto ai tempi e di grande lungimiranza.

3. – Un altro filone di scritti, che occupa molta parte della sua produzione, è dedicato alle forme di governo. L'interesse per questa tematica inizia verosimilmente con lo scritto del 1985 sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, per il volume curato da Gaetano Silvestri, procede con il pezzo sulla classificazione proposta da Duverger, per il volume dell'anno successivo, a cura di Antonio Baldassarre e Giampaolo Rossi, e riemerge circa un decennio dopo, con il contributo sul semipresidenzialismo al volume curato da Lucio Pegoraro e Angelo Rinella e con quello sulle forme di governo tra modelli teorici ed esperienze reali, nella raccolta di scritti coordinata da Silvio Gambino, con il VI ed il VII capitolo del manuale con Morbidelli, Pegoraro e Reposo, con la relazione sulla forma di governo italiana dopo il 1994 al convegno dei costituzionalisti del 2001, il saggio del 2005 sulla forma di governo a schema aperto, la voce del glossario edito da Pegoraro nel 2009. Il contributo più recente, infine, il testo dell'intervento al seminario del giugno 2018 presso la Sapienza, coniuga il conosciuto con una acuta analisi del nuovo, ovvero le elezioni del marzo, l'affermazione di almeno un partito populista e la nascita di un governo fondato su di un peculiare contratto. Lo snodarsi di queste ed altre riflessioni in un arco di tempo così ampio testimonia di un interesse mai sopito, sempre permeato di passione civile ma mai venato di ideologia.

Colpiscono in questi scritti la completezza del dato informativa e la sistematicità dell'approccio, con ricostruzioni ricavate sempre dalla totalità delle informazioni reperite, caratteristica già posseduta dall'autore negli scritti giovanili, e poi venuta ulteriormente sviluppandosi nella maturità. Questa correttezza metodologica si trasforma poi in una straordinaria lucidità di lettura degli eventi recenti o ancora in corso. Esemplare, ma non unica, nell'ultimo degli scritti richiamati, l'interpretazione delle elezioni del 2018, decifrate in modo distaccato dalle opinioni dottrinali prevalenti: ad esempio, nel rilevare subito la tendenza tripolare del sistema partitico contro

l'attardarsi di residuali semplificazioni bipolaristiche, nel ripudiare la rinuncia alla complessità della politica derivante dalla prospettata contrapposizione tra sovranismo ed europeismo, nel collocare nella prospettiva comparatistica il ricorso alla figura del contratto di governo, nell'equilibrio di valutazione rispetto alla sovraesposizione del Presidente della Repubblica e contemporaneamente nel sobrio richiamo alla stabilità della collocazione istituzionale del Presidente ed alla non necessità di interventi di correzione del suo ruolo, altro versante caro al nostro autore, come si dirà più avanti.

Del pari, negli scritti degli anni precedenti, ed in particolare in quelli del periodo tra il 1985 e il 2001, passaggio cruciale della storia costituzionale italiana, l'attenzione a vicende di altri sistemi costituzionali appena verificate o tuttora in essere, come quelle tedesche e britanniche in via di evoluzione, utilizzate per fugare alcuni troppo scontati luoghi comuni nell'accostamento al ruolo del presidente, al dato partitico ed alla amovibilità del capo del governo nei sistemi parlamentari. Come pure, precoce e consapevole della prospettiva storica la trattazione della forma di governo neoparlamentare, corredata di variabili tali da renderne difficile la definizione idealtipica.

4. – Un settore cui Mauro ha dedicato molta attenzione lungo l'arco della sua vita scientifica, affrontandone venature molto differenti, senza inseguire l'attualità ma spesso sotto lo stimolo di essa, è quello che si potrebbe definire l'organizzazione della democrazia. Sotto questa denominazione si potrebbero raccogliere gli scritti di diritto costituzionale domestico e comparato su temi non direttamente riconducibili alle forme di Stato e di governo, ma dotati di ricadute su di esse. Sono raggruppabili in questo ambito, ad esempio, i saggi su Costituzione e polizia su *Politica del diritto* del 1983; quello sul referendum sulla scala mobile in *Critica del diritto* del 1985; i numerosi altri contributi sul referendum, a cominciare da quelli pubblicati in *Politica del diritto* del 1991 e 1992, la voce del *Digesto* del 1997, il capitolo nel volume curato da Gengia e Marchianò, del 2012. Del pari, vanno collocati qui i doversi studi sulle immunità della politica, oggetto di un interesse manifestatosi nel primo decennio del nuovo millennio con il contributo scritto per il volume curato da Lorenza Carlassare nel 2003 e poi sviluppato ed ampliato nei diversi saggi per DPCE, del 2004 e del 2005, nel saggio sull'Italia per il colloquio di Beirut pubblicato da Bruylant ancora nel 2004, nel volume del 2012 coordinato insieme a G. Fumu.

In questi lavori, per lo più brevi, la capacità metodologica del nostro autore si disvela in tutta la sua coerenza ed efficacia. Esempio la sequenza logica utilizzata negli articoli per DPCE. L'esordio è dedicato alle problematiche linguistiche, per fare chiarezza sulla semantica. Indi viene sviluppata l'evoluzione storica, con cui si pongono le premesse dell'analisi positiva. A quel punto può partire l'esame comparato delle diverse realtà istituzionali, articolate in figure di complessità crescente o di decostruzione

progressiva. Ad esempio, le immunità sostanziali ed assolute precedono quelle procedurali e relative. Di tutte si descrivono le plurime manifestazioni, ordinate per gruppi. Lo sforzo di pervenire a conclusioni si sviluppa coerentemente nei paragrafi finali: in forma sintetica ma lucidissima, il bilanciamento tra eguaglianza, responsabilità, funzionalità degli organi costituzionali e misura delle libertà connesse al ruolo dei loro titolari viene sbizzato e svolto in stretta aderenza al dato positivo in precedenza ordinatamente illustrato.

5. – Un'area di interesse, certamente innescata dalla concreta esperienza della partecipazione al Consiglio superiore della magistratura come laico di elezione parlamentare (2006-2010), è quella della giurisdizione e del suo funzionamento. Gli scritti di questa area tematica si caratterizzano per la particolare densità di analisi e per il consueto distacco da tentazioni ideologiche. Anzi, il rigore metodologico è persino più rimarcato del solito, in un settore del diritto pubblico dove la delicatezza del ruolo ricoperto avrebbe potuto fare velo alla profondità dell'approccio. Appartengono a questo terreno di ricerca i saggi sull'ordinamento giudiziario, negli studi Pace del 2011 e nella lezione magistrale modenese del 2012; quelli sull'autogoverno della magistratura in Italia e nella comparazione, in DPCE e Cosmopolis, entrambi del 2009, con diversa finalizzazione e diversi accenti e ancora su *Questione giustizia* nel 2011; quelli sull'indipendenza della magistratura nei documenti di fonte europea (ancora su DPCE, 2010); quello sulla riforma costituzionale della giustizia, in un volume del 2012 a curatela multipla.

Questi contributi, in specie quelli sui consigli di giustizia, coprono un tema sino ad allora poco studiato in chiave comparata, colmano una lacuna e sono nuovamente esemplari del metodo dell'autore. Lo studio non è condotto a campione, ma su tutti i Paesi facenti parte del Consiglio d'Europa, ad inclusione di quelli meno conosciuti, come i baltici e gli slavi. Il profilo storico è completo, sia con riferimento alla capostipite Francia, sia ai precedenti, ad esempio, di Romania, Portogallo e Malta. L'indagine si fa più analitica quanto al periodo successivo alla seconda guerra mondiale, indi si aprono le prospettive sistematiche. Ad esempio, si distinguono Paesi in cui l'amministrazione delle corti è a gestione prettamente politica e sistemi in cui invece essa viene affidata ad un organo indipendente. Segue la differenziazione tra organi ad esclusiva composizione interamente magistratuale e collegi a struttura mista, quella tra organi a rilievo costituzionale, col relativo apparato di funzioni, e organi meramente amministrativi. A cascata, entrano poi in gioco le ulteriori tassonomie più minute: secondo la articolazione del Giudiziario, con presenza o meno di organi di diritto, peso dei togati nei collegi misti, tecniche di elezione o designazione dei membri togati e di quelli laici, durata dei mandati, dimensione funzionale e rapporti con la carriera dei magistrati, disciplina

della responsabilità e concorso dell'organo di autogoverno nella sua gestione. Sulla base di questa ampia messe di informazioni, la parte conclusiva del saggio su DPCE del 2009, ad esempio, ma la stessa considerazione vale per quasi tutti gli altri lavori, Volpi si concede la valutazione della possibilità di configurare una modellistica, e individua così alcune linee di tendenza comuni e taluni elementi di distinzione insuperabile. Procedendo per astrazione, solo in coda si permette di azzardare considerazioni finali sul rapporto tra giustizia e politica e su quello tra giustizia ed amministrazione, in entrambi i casi come giudizio sintetico a posteriori, ricavato esclusivamente dallo studio analitico del dato positivo, senza inframmettenze ideologiche.

6. – Il vero centro di interessi del nostro autore, si direbbe piuttosto la sua passione è l'ordinamento costituzionale francese. La sua produzione inizia con un saggio sulla elezione di un parlamento a maggioranza anti-presidenziali, sulla Rivista trimestrale di diritto pubblico del 1977 e probabilmente, se e quando si stancherà di svariare su altri temi, finirà per concentrarsi esclusivamente su questo. Per intanto, la parabola della sua ricerca arriva al saggio sulla forma semipresidenziale dopo le elezioni (in DPCE 2012, n.3). Nel mezzo si trova il fil rouge della sua crescita intellettuale: dai tre scritti sulla V Repubblica apparsi in *Democrazia e diritto* tra 1980 e 1981 al contributo del 1982 sullo Stato sociale nel volume curato da Antonio Baldassarre e Angelantonio Cervati, dal saggio sul Conseil in *Diritto e società* del 1983 ai saggi sul governo locale del 1991, dai tre saggi ancora sul semipresidenzialismo del 1998 al saggio su crisi e rifondazione della V Repubblica in DPCE 2002, dall'articolo ancora su DPCE del 2008 sulla riforma costituzionale al saggio su Sarkozy e l'evoluzione della forma di governo nel volume curato da Massimo Cavino, Alfonso Di Giovine ed Enrico Grosso 2010. Un vero percorso intellettuale della vita, una attenzione mai sopita, una costante sensibilità per il sistema d'Oltralpe. Va considerato peraltro che questa venerazione per il costituzionalismo francese non è fine a se stessa, non è dettata dal mero interesse per un diritto straniero pur importante nella storia costituzionale del mondo occidentale e nella comparazione. In realtà il vero focus dell'attenzione di Volpi è rappresentato dalle degenerazioni del modello semipresidenziale e di quello presidenziale (e forse anche di quello parlamentare) verso il presidenzialismo. Lo scrupolo di Volpi è costantemente quello di vigilare sulla possibile concentrazione di poteri non solo nel contesto francese, ma in genere nelle forme di governo, ad inclusione di quella italiana. E, si badi, non si tratta di una impostazione ideologica, che il nostro autore riesce sempre a lasciare fuori dal perimetro di rilevanza delle sue ricerche. E uno scrupolo, a volte un'ansia di leggere preventivamente segnali o tracce di incrinature in sistemi accuratamente costruiti per articolare, dividere, bilanciare e non concentrare. £ questa,

salvo clamorosi errori, la chiave di lettura non della produzione dedicata al dritto pubblico francese, ma di tutto il lavoro scientifico di Volpi.

7. – Da un quadro panoramico, ancorché sommario, della vasta produzione di Mauro, distribuita lungo un arco di tempo di oltre quarant'anni, emergono alcuni connotati metodologici e, si sarebbe tentati di dire, temperamentali, che valorizzano la sua figura di studioso e in certo modo corrispondono perfettamente, per chi lo conosce personalmente e ha lavorato con lui, al carattere dell'uomo.

Anzi tutto, il suo approccio alla comparazione è sempre ispirato ad un positivismo quando possibile induttivo. Non ricorre mai a modellistiche non già verificate dal dato obiettivo di partenza, derivate da classificazioni altrui o da tassonomie scontate. Parte dalla disamina il più possibile completa degli elementi storici e positivi disponibili e appositamente ricercati quando non facilmente reperibili. Da quel piano si muove per costruire istituti e ricondurli a razionalità classificatoria. Non vi è pericolo che azzardi ricostruzioni teoriche non supportate da ogni verifica di base o da puntuali accertamenti del dato storico-operativo. La conseguenza è che dai suoi lavori emergono sempre per un verso completezza di indagine preliminare e per un altro concettualizzazioni ben difficilmente falsificabili, in quanto suffragate dall'esperienza consolidata a quel momento storico. Gli scritti sulla forma di governo sono esemplari di questo approccio: non c'è realtà positiva che manchi al censimento delle esperienze contemporanee; per trovare qualche caso non contemplato ed attentamente verificato, occorre spostarsi su ordinamenti esotici, attendere anni perché i fatti superino le sue ricostruzioni o cercare in autori che abbiano usato strumenti informatici a tappeto, correndo peraltro il rischio di ispirare le loro analisi a metodologie meramente quantitative, con pregiudizio per la correttezza dell'indagine.

Quando appena sia possibile, non rinuncia poi a formulare valutazioni prognostiche, sempre costruite meticolosamente sul dato fattuale appena ricostruito e sistematizzato. La bontà del metodo garantisce che le previsioni sugli sviluppi futuri risultano quasi sempre esatte, proprio in quanto non azzardate ma formulate a completamento del precedente lavoro di censimento dei fatti e di ricostruzione bottom up alla ricerca di un inquadramento sistematico.

Non si può poi non valorizzare, nella sua produzione, l'onestà intellettuale, che la attraversa e la pervade. Dai suoi scritti, nemmeno quello giovanili, ed a maggior ragione quelli della maturità, non traspare mai qualche preferenza ideologica. Sono molti i terreni su cui avrebbe potuto lasciar affiorare qualche scelta di campo che in qualche modo incidesse sulle diagnosi e le prognosi interpretative: basti pensare agli scritti sulla magistratura ed a quelli sulla forma di governo italiana e in particolare sulla presidenza della Repubblica, nonché a quelli sul referendum. Ebbene, non solo non si verifica mai qualche sovrapposizione tra elementi obiettivi e

giudizi di valore, ma non è raro che le conclusioni che raggiunge si pongano in contrasto con quelle di filoni maggioritari di pensiero, ai quali in astratto potrebbe venire ricollegato.

Questa notazione permette, insieme all'ampiezza dei suoi interessi e delle sue ricerche ed all'importanza dei risultati conseguiti, di collocarlo nel ristretto novero dei maestri del diritto pubblico della sua generazione.

Giuseppe Franco Ferrari
Dip.to di Studi giuridici
Università comm.le L. Bocconi
ferrari.giuseppe@unibocconi.it

Il discreto fascino delle forme di governo

di Tommaso Edoardo Frosini

1. Sul governo bonapartista temperato negli anni

Nella varia e vasta produzione scientifica di Mauro Volpi, spicca senz'altro il tema delle forme di governo. A partire dalla prima monografia, dedicata alla V Repubblica francese, in cui veniva “demolita” la nuova forma di governo, definita “bonapartista” e che – secondo l’A. – dava luogo a una democrazia autoritaria¹. Peraltro, sulla forma di governo francese si era già affissato, nella dottrina costituzionalistica italiana, un giudizio assai critico e demolitorio da parte di uno studioso, Serio Galeotti, il quale però avrebbe attenuato la sua opinione nel corso degli anni². Anche Volpi si sarebbe mostrato più indulgente nei confronti del semipresidenzialismo francese, che sarebbe diventato oggetto di suoi studi approfonditi e puntuali³, stavolta fondati su una assai opportuna distinzione metodologica, che si muove sul crinale tra la teoria e l’effettività. E’ questo il punto: il semipresidenzialismo, per via di questa sua oscillazione fra essere e dover essere, pare difficile incapsularlo in un modellino di forma di governo stabile e certo, ammesso che ve ne siano davvero, come mi proverò a chiarire più avanti. Il semipresidenzialismo, al pari delle altre tipologie di forme di governo, esercita un discreto fascino, che è dovuto dalla continua ricerca di combinare, come una sorta di puzzle, parti e frammenti di costituzione formale con quella materiale. Dove l’effettività politica e della politica prevale in larga parte sulla trama letterale della costituzione. Dove, peraltro, non basta la sola elezione a suffragio universale del presidente della Repubblica a qualificare la forma di governo semipresidenziale, se questa non è accompagnata da una certa dinamicità del sistema politico, che può favorire una torsione presidenziale oppure parlamentare⁴.

Non voglio però qui discutere della sola forma di governo semipresidenziale, sebbene tornerò a occuparmene. Voglio piuttosto partire

¹ M. Volpi, *La democrazia autoritaria: forma di governo bonapartista e V Repubblica francese*, Bologna 1979

² S. Galeotti, *La nuova Costituzione francese (Appunti sulla recessione del principio democratico nella V Repubblica)*, Milano 1960; v. poi, un tendenziale consenso al semipresidenzialismo in uno degli ultimi scritti dell’A.: Id., *I cento giorni che cambiarono la Francia*, in *IdeAzione*, n. 3. 1996

³ V. M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna 2014

⁴ Vedi, fra gli altri cd. semipresidenzialismi, il caso dell’Austria, su cui ora, U. Haider Quercia, *La forma di governo della grande coalizione. Il modello parlamentare austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Padova 2019

dal metodo, che si dovrebbe applicare nello studio delle forme di governo, e quindi la classificazione delle stesse. A questo tema e problema si è dedicato, ancora di recente, Mauro Volpi in un articolo⁵, che analizza tutta la prospettiva metodologica e le varie classificazioni, vecchie e nuove, delle forme di governo, con una serie di osservazioni critiche, che proverò a sottoporre (in parte) a critica dialettica.

2. Il metodo pluralista nello studio delle forme di governo

Innanzitutto, la forma di governo come categoria giuridica (anche) per «sfuggire al rischio di appiattirsi sul “fatto”, prescindendo dal dato normativo»⁶. Credo però che il problema sia proprio il dato normativo: quello costituzionale, fatte salve le previsioni di razionalizzazione e quindi l'analiticità del procedimento normativo di funzionamento della forma(zione) di governo (il caso più emblematico è quello tedesco), altrimenti, la costituzione poco prescrive in punto di forma di governo, ovvero dei rapporti che si determinano fra gli organi costituzionali. Sono piuttosto norme – come ebbe a sostenere Leopoldo Elia⁷ – a “fattispecie aperta”, in grado di essere riempite, volta per volta, dai comportamenti degli attori istituzionali, attraverso convenzioni e prassi applicative. L'esempio è quello italiano ma non è certo il solo e l'unico. E poi le classificazioni delle singole forme di governo si basano più sul funzionamento del sistema politico che della lettera costituzionale. Posto che da questa si può ricavare la sola macro classificazione di forma di governo presidenziale nel caso dell'elezione diretta e della contestualità fra capo dello stato e capo del governo, ovvero di forma di governo parlamentare laddove la norma costituzionale prevede il rapporto fiduciario fra governo e parlamento⁸. Quindi, riconduce alla sola epifania formale del governo senza potere chiarire e dispiegare altri elementi e fattori che incidono sul concreto funzionamento della forma di governo. Vorrei però aggiungere, che nella classificazione delle forme di governo, che si è soliti fare, rimane fuori, quale parametro valutativo, la rappresentanza politica: forse perchè non è ritenuta un elemento significativo, tale da potere essere preso in considerazione quale criterio distintivo ai fini della classificazione. La si dà per presupposta, ritenendola un istituto che ha un suo consolidamento costituzionale, che non può subire oscillazioni applicative in modo da condizionare il funzionamento

⁵ M. Volpi, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *Dir. publ. comp. eu.*, 1, 2015, 131 ss.

⁶ *Ibidem*, 132

⁷ Il riferimento è al noto scritto di L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano 1970; su cui v. ora M. Volpi, *Le forme di governo nel pensiero di Leopoldo Elia*, in *Dir. publ. comp. eu.*, 2019, 821 ss.

⁸ Sul punto, mi piace ricordare M. Galizia, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano 1972, 1, laddove scriveva «Il rapporto di fiducia fra Parlamento e Governo forma il fulcro intorno a cui si muove il tipo di governo parlamentare, qualsiasi figura particolare esso storicamente assuma»

della forma di governo⁹. Eppure, diversamente ed efficacemente agisce la concezione, meglio l'effettività della rappresentanza politica nei sistemi presidenziali rispetto a quelli parlamentari. In linea di massima, nei primi si concentra prevalentemente sul governo per il tramite dell'elezione diretta del capo dell'esecutivo, nei secondi, invece, la rappresentanza politica si innerva nel parlamento e soprattutto nel parlamentare, il quale rappresenta la nazione senza vincolo di mandato. Comunque, la rappresentanza politica rappresenta, pur sempre, il fulcro della forma di governo, al di là delle sue declinazioni modellistiche e sia pure con alcune specificazioni. La rappresentanza, poi, si manifesta quale espressione del pluralismo politico, che esprime la concezione della democrazia liberale, specialmente in rapporto con i partiti politici¹⁰. Affidando a questi ultimi la capacità aggregativa e integrativa, espressione cioè di una *integrationslehre*, in grado di ricomporre la divisione del tessuto sociale intorno a programmi e obiettivi politici generali. Certo, anche per via delle recenti trasformazioni istituzionali, che hanno interessato e affannato le democrazie liberali, il pluralismo politico si è articolato e per certi versi svincolato da un rapporto esclusivo con i partiti politici. E' pur vero che questi mantengono comunque una loro significativa presenza nell'assetto costituzionale e sociale, ma difficilmente possono essere ancora ritenuti, come nel passato, gli unici soggetti che "concorrono con metodo democratico a determinare la politica nazionale". E non solo in Italia. Infatti, non è soltanto un problema di crisi dei partiti derivato dalla fine delle ideologie, come da tempo si dice e si scrive: è piuttosto il tema riferito all'ampliamento del pluralismo politico, che trova altri canali per espandere la sua istanza nella e dentro la società¹¹.

Torno sulla questione delle forme di governo come categoria giuridica. Certo, la riduzione alla giuridicità della forma di governo, come da me sopra riferito, non pone una questione di competenze scientifico disciplinari. Non la si sottrae affatto alla analisi dei giuristi, i quali, semmai, devono agire come la volpe che sa molte cose, piuttosto che come il riccio che ne sa una grande¹². Con questo voglio dire, che il giurista che studia il fenomeno delle forme di governo deve necessariamente conoscere le dinamiche storiche e politiche, secondo una traiettoria interdisciplinare congeniale – come noto – a chi coltiva e pratica la comparazione giuridica. Pertanto, non credo che si possa affermare che la forma di governo è una categoria giuridica, altrimenti la ricaduta di tale affermazione sarebbe che andrebbe studiata e analizzata

⁹ Sulla questione, da ultimo, T.E. Frosini, *La rappresentanza politica nella forma di governo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 10, 2019, 679 ss.

¹⁰ Sul punto, vedi, in particolare, i saggi raccolti in P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino 2011

¹¹ Rimando a T.E. Frosini, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2017*, Napoli 2017 (ora in Id., *Declinazioni del governare*, Torino 2018, 65 ss.). Per un'ampia panoramica delle questioni, v. C. Bassu, *Le nuove frontiere della rappresentanza politica*, in *Percorsi cost.*, n. 1, 2017, 13 ss..

¹² Cito il frammento del poeta greco Archiloco, ripreso e sviluppato da I. Berlin, *Il riccio e la volpe* (1953), tr. it., Milano 1998

attraverso il solo approccio giuridico a prevalenza normativo, che finirebbe con l'essere una sorta di letto di Procuste. E invece così non solo non è ma non potrebbe nemmeno esserlo. Diceva bene il vecchio Carl Schmitt, quando richiamava il “pericolo del Politico”: «A questo pericolo il giurista [...] non può sfuggire neppure scomparendo nel nirvana del puro positivismo. Egli può tutt'al più attenuare tale pericolo o insediandosi in remoti ambiti di confine, mimetizzandosi da storico o filosofo, oppure portando a perfezione estrema l'arte della riserva e del camuffamento»¹³.

Attraverso un metodo che chiamerei pluralista, ne discendono una serie di conseguenze in punto di classificazione delle forme di governo. A partire dalle componenti della stessa.

3. Il corpo elettorale nella forma di governo

Sulla individuazione degli elementi che entrano a costituire la forma di governo, Volpi evidenzia quegli organi costituzionali che possono essere considerati elementi costitutivi, come il Parlamento e il Governo nonché il Capo dello Stato laddove agisce come potere politico attivo, e quelli che invece non possono essere considerati elementi costitutivi della forma di governo, come le Corti costituzionali e i giudici. Posizione senz'altro condivisibile. Poi, però, Volpi pone una domanda: «Ma a concorrere alla individuazione della forma di governo sono solo gli organi o anche i “poteri costituzionali”?»¹⁴. Il quesito muove dalla collocazione e codificazione costituzionale del popolo quale titolare della sovranità, che la esercita attraverso atti e fatti costituzionalmente rilevanti, come il voto nelle sue varie declinazioni, per le assemblee rappresentative nazionali e territoriali, oppure per i *referendum* nelle varie tipologie previste.

Ritengo che il popolo, nella sua componente attiva di corpo elettorale, costituisca un elemento caratterizzante la forma di governo. E' quanto avevo affermato in un mio studio risalente al 1997¹⁵ e che confermo a distanza di molti anni. Da ciò ne discende una nuova classificazione delle forme di governo in quelle a “*legittimazione diretta*” e a “*legittimazione indiretta*”, dove cioè il ruolo del corpo elettorale, con il decisivo concorso del sistema elettorale, risulta essere determinante per l'effettività dell'una o dell'altra. La distinzione da me proposta viene sottoposta a critica da Mauro Volpi¹⁶. Anzi, come scrive l'A., «molte sono le critiche che possono essere rivolte a tale costruzione». Sebbene, vi è svolta una discutibile sovrapposizione fra la

¹³ Così, C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, tr.it., Milano 1987, 57

¹⁴ M. Volpi, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, cit., 135

¹⁵ T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1997, spec. 229 ss.; e poi anche in Id. *Forme di governo e partecipazione popolare*, III ed. Torino 2008, *passim*

¹⁶ V. M. Volpi, *op. ult. cit.*, 146, che raccomanda di «fare attenzione a non cadere in un eccesso di semplificazione. Ciò si verifica per il criterio fondato sul ruolo svolto dal corpo elettorale nella scelta del Governo, che dà luogo alla dicotomia fra forme di governo “a legittimazione diretta o indiretta”».

dicotomia “democrazia immediata o mediata” di duvergeriana memoria¹⁷ con quella di “legittimazione diretta o indiretta”. Comunque, la forma di governo “a democrazia immediata” ovvero, per Volpi, da intendersi anche a “legittimazione diretta”, conterrebbe «una pericolosa venatura di populismo poiché immagina che il potere politico possa essere esercitato da una personalità plebiscitata dal voto popolare in un rapporto diretto con la volontà popolare, di cui diventa inevitabilmente l'unico e indiscutibile interprete»¹⁸. Il punto, però, è chi immagina cosa? L'uso del verbo immaginare, infatti, lascerebbe intendere una previsione sul funzionamento della forma di governo idealizzato in una testa pensante ma privato da effettività e da sistematizzazione istituzionale. L'immaginazione *al* potere, era uno slogan del '68; qui, invece, avremo l'immaginazione *del* potere...

4. Legittimazione diretta o indiretta: attualità di una distinzione

A questo punto, credo possa tornare utile riassumere la teorizzazione delle forme di governo a legittimazione diretta o indiretta, che nel primo caso sfocia nel sistema del cd. “premierato”, per poi ribadire la sua attualità.

La distinzione da me proposta, tiene in conto e in considerazione non più soltanto il grado di separazione o di collaborazione, oppure di supremazia o di equilibrio, fra legislativo ed esecutivo, ma piuttosto il contributo attivo o passivo del corpo elettorale alla legittimazione del potere legislativo ed esecutivo¹⁹. Ragionando sui rapporti che si possono venire a instaurare fra il corpo elettorale con il legislativo e con l'esecutivo, ovvero fra tutti e tre, si coglie il criterio distintivo con il quale si può procedere a una nuova classificazione, a carattere generale, tra le forme di governo a *legittimazione diretta* e quelle a *legittimazione indiretta*; salvo poi specificare gli elementi istituzionali che agiscono sull'una o sull'altra. Questa divisione si basa, in particolare, sul ruolo che è chiamato a esercitare il corpo elettorale ai fini della scelta del Governo: in un simile contesto, allora, ci sono forme di governo che valorizzano in maniera più ampia il principio della sovranità popolare, altre invece che lo ridimensionano limitandolo al solo voto elettorale per le Assemblee rappresentative. Vi è poi un'ulteriore distinzione da fare con riferimento alle forme di governo a legittimazione diretta, ed è quella riferita agli elementi istituzionali che ne determinano la struttura; fra questi, principalmente, il sistema dei partiti e il sistema elettorale.

Le forme di governo parlamentari a *legittimazione diretta* si esprimono attraverso la possibilità che viene attribuita al corpo elettorale di scegliere

¹⁷ M. Duverger, *La République des citoyens*, Paris 1982, 41 ss.

¹⁸ M. Volpi, *op. ult. cit.*, 147

¹⁹ Riprendo qui il concetto di corpo elettorale come organo costituzionale della Repubblica, secondo l'intuizione teorica di G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Torino 2000, 16 ss. Infatti, proprio in quanto “organo costituzionale della Repubblica” il corpo elettorale deve essere messo in condizione di rapportarsi alla pari con gli altri organi costituzionali, nella logica della separazione dei poteri. In particolare, nell'ambito della forma di governo, la struttura e composizione della stessa deve essere definita sulla base del rapporto che si viene a instaurare tra i tre organi costituzionali.

una maggioranza e il suo *leader*; pertanto, esse si fondano su di una doppia relazione fiduciaria: la prima (implicita) è quella che si instaura fra il Governo (e il suo *leader*) e il corpo elettorale; la seconda (esplicita) è quella fra Governo e Parlamento. Entrambi i rapporti di fiducia hanno alla loro base lo stesso atto di indirizzo politico, che è il programma di governo. Questo sviluppo della forma di governo parlamentare si è manifestato attraverso l'assunzione del principio maggioritario quale parametro di riferimento per l'operato del Governo, come criterio ordinatore del sistema nel suo concreto funzionamento: laddove non si è privilegiato il principio maggioritario quale *regola per eleggere* – come per esempio in Germania, dove piuttosto vige un sistema elettorale proporzionale seppure con capacità “selettive”, anche per via della *Sperrklausel*²⁰ – si è provveduto comunque a esaltare il principio maggioritario inteso quale regola per governare²¹. L'applicazione del principio maggioritario, come *regola per governare*, valorizza il principio di responsabilità politica e con esso il ruolo che il corpo elettorale assume ai fini della scelta del Governo. Infatti, laddove c'è la possibilità per il corpo elettorale di votare (formalmente o anche solo sostanzialmente) per il Governo, quest'ultimo si dovrà ritenere responsabile davanti all'intero popolo-corpo elettorale, con la conseguenza che dovrà tenere una condotta che possa essere percepita dall'intero Paese come corrispondente all'interesse di tutti e non di singoli gruppi.

L'obiettivo da raggiungere è quello di assicurare un Governo stabile, efficace, responsabile, che duri per l'intero corso della legislatura e che

²⁰ Il sistema elettorale tedesco “proporzionale personalizzata” e la clausola di sbarramento del 5% prevista nella legge elettorale, non sarebbero state sufficienti, da sole, a determinare un sistema politico-istituzionale modellato sulla democrazia maggioritaria. E' stata soprattutto la strutturazione in senso bipolare del sistema dei partiti, con il concorso determinante dell'art. 63 della *Grundgesetz*, a far funzionare il sistema tedesco secondo una logica maggioritaria. Infatti, «l'art. 63 della Costituzione di Bonn ha introdotto, nel sistema costituzionale tedesco, una norma di costituzione materiale del tutto simile a quella introdotta consuetudinariamente in Gran Bretagna, per la quale i partiti politici si sentono obbligati a presentarsi al corpo elettorale indicando, oltre ad un programma, anche un *leader*; garante, in caso di vittoria elettorale, dell'attuazione del programma stesso e dell'omogeneità politica del futuro governo agli indirizzi elettorali del partito [...]». In definitiva, la forma di governo vigente nella Repubblica federale tedesca presuppone, per una sua interpretazione in senso democratico, una diretta ingerenza del corpo elettorale nell'approvazione dell'indirizzo politico di governo e del vertice dell'esecutivo (cancelliere); così come presuppone l'instaurazione di un rapporto di responsabilità politica diretta, e primaria, del cancelliere e del suo partito nei confronti degli elettori»: così S. Merlini, *Democrazia protetta e democrazia conflittuale: i casi dell'Italia e della Rft*, in *Democrazia e diritto*, n.1-2, 1989, 369 e 371; v., anche O. Duhamel, *Les Démocraties. Régimes, histoire, exigences*, Paris 1993, 96, il quale sottolinea che il sistema tedesco è una «*démocratie gouvernante*», dal momento che «le chef» è «de facto choisi par le peuple et responsable devant lui à l'échéance de la législature, soit tous les quatre ans».

²¹ Sulla distinzione e i suoi derivati, cfr. T.E. Frosini, *Principio maggioritario*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006 (anche in Id., *Forme di governo e partecipazione popolare*, cit., 341 ss.)

risponda del suo operato presso il corpo elettorale²². Infatti, un Governo è stabile non solo in base alla sua durata in carica, ma anche quando la sua durata è periodicamente verificata e confermata da libere elezioni; un Governo, inoltre, è efficace quando le sue decisioni rispondono alle esigenze degli elettori, i quali possono confermare o sostituire quel Governo, creando così un regime di alternanza. Un Governo è responsabile, di fronte agli elettori, quando le scelte e le decisioni che assume sono soggette a valutazione politica da parte del corpo elettorale. I meccanismi elettorali e la natura del sistema partitico, strutturato in senso bipolare, hanno di fatto creato le condizioni istituzionali e politiche per consentire agli elettori di orientarsi e di comportarsi come se potessero davvero eleggere direttamente governo e capo del governo; col risultato di rafforzare il principio di responsabilità politica da parte di chi governa. Nelle forme di governo a legittimazione diretta, la funzione di legittimazione del Governo spetta direttamente al corpo elettorale, seppure con il concorso dei partiti politici i quali svolgono una importante funzione di mediazione: capo del Governo è il *leader* del partito (o della coalizione di partiti) che conquista la maggioranza in Parlamento, ristabilendo così un equilibrio fra la rappresentanza politica e l'esercizio della sovranità popolare: «equilibrio che è la condizione necessaria perché la legittimazione diretta dei governi non acquisti tratti plebiscitari»²³.

Alla base di questo sistema c'è quindi un processo di valorizzazione della sovranità popolare, la quale, in quanto corpo elettorale, è chiamata a eleggere dei rappresentanti nella consapevolezza di eleggere anche i governanti. Il popolo-corpo elettorale, allora, prima di votare viene a conoscenza del programma di governo e degli uomini che lo attueranno; è messo in condizione di conoscere, preventivamente all'esito elettorale, quale indirizzo politico verrà perseguito qualora dovesse vincere (ovvero, qualora dovesse avere la maggioranza) uno schieramento politico oppure l'altro; è in grado di confermare col voto un Governo oppure far sì che risulti vincitore il Governo alternativo, il quale si sarà organizzato svolgendo un'opposizione costruttiva. È questa anche una nuova forma di libertà, riconducibile al principio della sovranità popolare: ovvero la libertà di essere associati nell'elaborazione delle decisioni; la libertà di partecipare direttamente e attivamente al formarsi della politica nazionale, attraverso la scelta del titolare dell'indirizzo politico e, parimenti, la libertà di cambiare i governanti qualora abbiano demeritato. Come a livello locale e territoriale, quantomeno nell'esperienza italiana, dove l'elezione diretta del vertice dell'esecutivo regionale e comunale ha funzionato positivamente, proprio nei termini sopra descritti.

In Europa, le forme di governo parlamentari si dividono, sia pure tendenzialmente, fra quelle a legittimazione diretta e indiretta: tra i Paesi

²² Di "governo di legislatura" parlava Serio Galeotti, seppure proponendo l'elezione diretta del capo del governo, cfr. *Per un governo scelto dal popolo. Il governo di legislatura*, Milano 1984

²³ Così A. Barbera, *Una riforma per la Repubblica*, Roma 1991, 90

della Comunità europea più della metà hanno governi orientati, o comunque ispirati al sistema istituzionale britannico (cd. “modello Westminster”²⁴), in cui il Primo Ministro è il *leader* di una maggioranza fedele, che gli permette di godere della piena fiducia in Parlamento. Concentrando nelle sue mani l'esecutivo, cosa che gli deriva dalle regole convenzionali, e il legislativo, cosa che gli deriva dalla sua maggioranza, il Primo Ministro è praticamente scelto dagli elettori stessi in occasione delle elezioni parlamentari. E' chiaro, però, che in quanto *leader* del partito di maggioranza questi lo potrà cambiare, e così facendo cambierà *anche* il primo ministro. Il sistema istituzionale britannico – nonostante alcune fisiologiche oscillazioni comportamentali – è definibile del “premierato”, che è un'evoluzione della forma di governo parlamentare, ovvero una specificazione della stessa in quanto preserva il rapporto fiduciario fra governo e parlamento. Ma questo elemento, per quanto importante, risulta ormai essere secondario rispetto ad altri. Pertanto, sia pure come prima e provvisoria definizione, direi che il premierato si caratterizza per il fatto di mettere al centro del sistema il Primo Ministro indicato (non eletto!) dal corpo elettorale, insieme alla maggioranza di cui egli è *leader*, e quindi investito dalla doppia fiducia, elettorale e parlamentare. Il ruolo del Primo Ministro si rafforza in quanto egli diviene titolare di propri e specifici poteri, tra i quali quello di nominare e revocare i propri ministri e quello di provocare lo scioglimento anticipato delle Camere, consentendo così allo stesso Primo Ministro di scegliere il momento per tornare di fronte ai propri elettori con l'obiettivo di ricostituire o confortare una maggioranza²⁵.

Certo, c'è da dire che il premierato britannico (*Premiership*) rappresenta l'idealtipo, il modello al quale si ispirano le forme di governo a legittimazione diretta²⁶. Con una consapevolezza storica e costituzionale, che ne frena l'ambizione emulativa: il premierato britannico, così come si è venuto a sistematizzare nella *English Constitution*, non è esportabile altrove; nemmeno se si volesse provare a riprodurre esattamente e pedissequamente tutte le caratteristiche del sistema britannico, a cominciare da una Costituzione non scritta. E questo perché il sistema britannico si fonda, prima ancora che sul meccanismo elettivo maggioritario “*first past the post*” oppure sulle *conventions*, su una certa cultura politica e della politica, che è espressiva del

²⁴ Secondo la nota formula di A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, tr.it., Bologna 1988

²⁵ Per una completa disamina del sistema del premierato, v. *Il Premierato nei governi parlamentari*, a cura di T.E. Frosini, Torino 2004

²⁶ Lo rilevava già A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese* (1885), tr.it. e intr. di A. Torre, Bologna 2003, 362-363, laddove scriveva che «Nella realtà il sovrano d'Inghilterra è l'elettorato. [...] Ora, le convenzioni costituzionali consistono in consuetudini le quali (qualunque sia la loro origine storica) sono attualmente preservate in vista del mantenimento della supremazia della Camera dei Comuni e, in ultima istanza, attraverso la Camera dei Comuni a base elettiva, della volontà della nazione. Il nostro moderno codice di etica costituzionale garantisce, seppure in modo tortuoso, quel che negli altri paesi si denomina la sovranità popolare».

dna del cittadino britannico²⁷. Quindi, semmai si volesse riprodurre altrove il sistema istituzionale britannico, così come è, bisognerebbe prima di tutto trasferire in quell'altrove i cittadini britannici, perché è attraverso essi – ovvero in base ai loro comportamenti, le loro abitudini, le loro tradizioni – che si forma il sistema istituzionale e che dà vita a quel certo tipo di sistema di governo che è il premierato britannico²⁸. Il quale si sviluppa anche sulla base di un'idea della rappresentanza politica, che contraddistingue la cultura costituzionale britannica dalle altre. Anzi, vorrei dire che la rovescia. Infatti, la rappresentanza politica in Gran Bretagna mette a nudo la finzione della stessa, perché non si cela dietro l'ipocrisia istituzionale del divieto di mandato imperativo, ma piuttosto riconosce e afferma il vincolo di mandato fra eletto ed elettore, ovvero fra partito ed elettorato. La “teoria del mandato”, che collega il governo al partito e quindi all'elettorato, è, a ben vedere, una teoria della rappresentanza politica, che ne esprime una diversa modalità, una nuova funzione, una moderna criteriologia. E' una teoria, questa del mandato, che ha due distinte implicazioni: quella del *comando*, e cioè il governo eletto riceve mandato dal popolo sovrano di intraprendere determinate azioni, e quella dell'*autorizzazione*, in quanto il partito di governo, sulla base del programma presentato agli elettori e in virtù del quale ha ottenuto il successo elettorale, acquista il diritto e la responsabilità di mettere in pratica quel programma. In fondo, il rapporto fiduciario che lega la maggioranza parlamentare (ovvero il partito vincitore alle elezioni) al Governo consiste nell'obbligo, da parte della maggioranza, a vigilare che l'attuazione parlamentare del programma elettorale, guidata dal Governo, ne rispetti le fondamentali finalità.

Certo, è pur vero che ancora di recente il sistema istituzionale britannico, il cd. modello Westminster, ha subito delle oscillazioni applicative rispetto a quanto finora da me descritto, anche a causa dell'eccezionale vicenda della *Brexit*; ma, come noto, è l'eccezione che conferma la regola²⁹. E comunque, sul punto, valga quello che scriveva Walter Bagehot: «Lo studioso che tenti di ritrarre una Costituzione esistente, una Costituzione che sia operativa e vivente [*Living Constitution*], deve affrontare una grave difficoltà: il fatto che il soggetto del ritratto cambia continuamente [...] Questa difficoltà è tanto più grande per chi scrive di un sistema di governo esistente, che ovviamente deve paragonare ad altri importanti sistemi di governo esistenti, che cambiano a loro volta»³⁰.

²⁷ Su cui, v. C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna 2014

²⁸ Su cui, rimando a T.E. Frosini, *Il “Premierato”: dalla Gran Bretagna all'Italia*, in *La Costituzione britannica*, vol. I, a cura di A. Torre e L. Volpe, Torino 2005 (anche in Id., *Forme di governo e partecipazione popolare*, cit., 313 ss.)

²⁹ In tal senso, T.E. Frosini, *Il Westminster Model è vivo (e lotta insieme a noi)*, in *DPCE online*, 1, 2015; ma v. A. Paun with C. Mitchell, *Westminster in an age of minorities. How to form and sustain a government after another hung Parliament, paper*, Institute for Government 2015

³⁰ W. Bagehot, *La Costituzione inglese* (1867), intr. di G. Rebuffa, tr.it., Bologna 1995, 265

Vale, a distanza di secoli, il monito di Bagehot: i sistemi di governo cambiano, anzi hanno perso quello che una volta erano gli stabili orientamenti, al punto da non essere più classificabili nella grande divisione fra parlamentarismo e presidenzialismo, dato che le variabili di entrambi hanno finito con il diversificare i criteri distintivi utili alla classificazione. Certo, la classificazione, per quanto utile nella manualistica³¹, si mostra sempre più variabile, anche per sfuggire a una staticità della stessa che finisce con l'irrigidire oltremodo l'effettivo manifestarsi delle forme di governo, che sono e non possono essere altrimenti che dinamiche. Anche il termine "modello", riferito alle singole forme di governo, lascia intendere una sorta di pietrificazione del sistema, come se dovesse funzionare ed esprimersi soltanto nel modo indicato dal modello. E invece così non è. Si pensi alle continue trasformazioni che stiamo assistendo in questi ultimi anni, che stanno contribuendo a dubitare sempre più dell'esistenza di un governo parlamentare oppure presidenziale così come invero dal modello. Ci sono poi ben altri temi e problemi che finiscono con il condizionare anche il funzionamento di una forma di governo come "modellata". A cominciare dalla necessità di governare dinamiche sociali rapidamente cangianti e sempre più complesse, anche a causa dell'emersione dei processi di globalizzazione e dell'esplosione della rivoluzione tecnologica. I sistemi costituzionali nazionali hanno preso contezza delle difficoltà che i parlamenti incontrano nel tentativo di rispondere efficacemente e in tempi rapidi e hanno messo in discussione il ruolo delle assemblee parlamentari, nonché la funzione della legge all'interno dei contesti sociali di riferimento. E' entrata in crisi la rappresentanza, meglio quel modo tradizionale di essere della rappresentanza politica: ovvero il mandato a rappresentare la nazione, la responsabilità affidata a chi rappresenta, i partiti politici quali associazioni che rappresentano l'elettorato, l'esercizio della funzione legislativa quale compito primario delle assemblee rappresentative, e così pure la funzione di controllo. Ancora: la crisi della rappresentanza è altresì determinata dalla difficoltà di trovare un equilibrio, meglio una sintesi tra il rappresentare e il governare. E quindi quale formula elettorale e di governo adottare per non comprimere la rappresentanza ma nel contempo valorizzare la governabilità. Rappresentare e governare, infatti, è il difficile crinale su cui si muovono le forme di governo delle democrazie odierne. La crisi della rappresentanza è anche crisi del rappresentato, che ha smarrito i suoi riferimenti politici e istituzionali. Vuoi per la liquefazione dei partiti, sempre meno "ponte" fra la società politica e la società civile; vuoi per la perdita di centralità del Parlamento, quale organo non più decidente; vuoi, ancora, per la scomparsa del rapporto fra rappresentante e territorio, e quindi la presenza dell'eletto quale espressione di un collegio elettorale. La rappresentanza politica ha poi abdicato ad altre forme rappresentative: quelle degli interessi, per il tramite delle *lobbies*; quelle territoriali, in virtù di un'accentuazione del

³¹ Da ultimo, v. *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, a cura di T.E. Frosini, Bologna 2019

decentramento politico e amministrativo; quelle di genere, che spingono verso una rappresentanza paritaria forzata attraverso leggi e norme costituzionali. La rappresentanza politica si è quindi parcellizzata, anche per effetto di un'accentuazione del pluralismo sociale che appare non più comprimibile nel solo perimetro parlamentare. E' in crisi la delega a decidere: non rivendicabile sulla base di una rinnovata valorizzazione del principio costituzionale della sovranità popolare, ma piuttosto su una (ancora) confusa forma di interventismo diretto, che vorrebbe trovare nel *web* la sua capacità di esternazione e di decisione. Ed è così, invece, che si viene a manifestare, in maniera esplicita, la crisi del rappresentato, di colui che cerca altrove forma e sostanza per esprimere il suo pensiero, e vederlo risolto in azione, scartando l'opzione tradizionale della rappresentanza politica per il tramite del voto³².

5. Rappresentare e governare quale bilanciamento istituzionale

Questo scenario, qui appena tratteggiato, ha finito con alimentare disaffezione partecipativa, disprezzo per la politica sempre più considerata *politique politicienne*, qualunquismo e populismo. Lo spettro del populismo si aggira per l'Europa e minaccia le fondamenta del costituzionalismo. La separazione dei poteri, tanto per cominciare. Il populismo accentra non diversifica, concentra non pluralizza. Si manifesta come sintomo di una crisi di rappresentanza che si estende alla forma democratica stessa. Pertanto, «il populismo è innanzitutto rabbia, frustrazione, esasperazione, che i tradizionali canali della rappresentanza si sono rivelati incapaci di comprendere, soddisfare e controllare»³³.

Non voglio però qui indugiare sul tema del cd. populismo, termine che ha una sua vaghezza e quindi inafferrabilità sul piano concettuale. Peraltro, molto si è scritto, in maniera adesiva o critica, in forma chiara o oscura³⁴.

Voglio invece tornare al tema e problema della forma di governo. La stabilizzazione della forma di governo – parlamentare o presidenziale che sia – non riesce a trovare un giusto equilibrio fra il rappresentare e governare. Perché l'uno finisce con il prevalere sull'altro e creare tensioni e conflittualità fra le ragioni della rappresentanza parlamentare, quale principio costituzionale su cui si fonda e senza il quale non può esserci il costituzionalismo e le istituzioni democratiche, e le ragioni della governabilità, che è un'aspirazione, meglio una finalità verso il cui raggiungimento deve tendere l'azione politica dei partiti e delle istituzioni³⁵.

³² Fa il punto su questa problematica e dintorni, il fascicolo della rivista *Percorsi cost.*, 1, 2017, dedicato a *Rappresentanza senza populismi*, con contributi di vari autori

³³ Così, Y. Meny, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna 2019, 168

³⁴ Letteratura oramai sterminata quella sul populismo, soprattutto politologica. Qui mi limito a citare solo un'opera di taglio costituzionalistico, che ritengo interessante: *Questioni costituzionali al tempo del populismo e sovranismo*, a cura di G. Allegri-A. Sterpani. Viceconte, Napoli 2019

³⁵ Per approfondimenti, cfr. T.E. Frosini, *Declinazioni del governare*, Torino 2018, 19 ss.

Vorrei dire sia pure sinteticamente: la rappresentanza parlamentare è un principio fondante della costituzione e del costituzionalismo e quindi non può non essere rattrappita ma piuttosto diversamente declinata, come può avvenire per il tramite di una differente scelta del sistema elettorale. Anche se le formule elettorali, maggioritarie o proporzionalistiche che siano, non sembrano essersi manifestate quali le principali cause del successo o dell'insuccesso dei sistemi politici. La governabilità non può avere un suo esplicito riconoscimento nella codificazione costituzionale e si estrinseca attraverso la stabilità e l'efficienza delle istituzioni, come può avvenire per il tramite di una maggioranza politicamente coesa e determinata a perseguire un chiaro e preciso indirizzo politico. Proprio perché il governare non è e non può essere una sola e unica tecnica, come fosse una sorta di modellino preconfezionato adatto a tutte le stagioni della politica. Governare è un verbo che va declinato a seconda delle traiettorie istituzionali, che si intendono muovere nell'esercizio del potere di governo e nei (buoni e leali) rapporti con gli altri soggetti costituzionali, parlamento *in primis*.

La tensione fra il rappresentare e il governare ha fatto venire meno quelli che si ritenevano essere gli stabili orientamenti in punto di forma di governo³⁶. Al punto da non essere più classificabile nella grande divisione fra parlamentarismo e presidenzialismo, dato che le variabili di entrambi hanno finito con il diversificare i criteri distintivi utili alla classificazione. Non solo e non tanto per l'erompere della forma di governo semipresidenziale in diversi ordinamenti, anch'essa però soggetta a cambiamenti affidati soprattutto alla effettività costituzionale, ma soprattutto perché oggi si manifestano forme di parlamentarismi e presidenzialismi, ovvero una pluralità di modi attraverso i quali si evolvono i sistemi di governo. E proprio l'evoluzione delle forme di governo consente di osservare come il concreto funzionamento dei parlamentarismi manifesti sempre più maggiore analogie con i presidenzialismi e viceversa³⁷. Due esempi: la presidenzializzazione del parlamentarismo, che si compie attraverso un'accentuazione del ruolo e del potere del capo del governo, anche a costituzione invariata. Si è parlato, a tale proposito e soprattutto nella esperienza italiana di fine Novecento, del "premierato", sebbene questa formula istituzionale, derivata dall'esperienza britannica del cd. modello Westminster, ha una sua flessibilità dovuta all'investitura elettorale di cui gode il vertice dell'esecutivo, che è cosa distinta e distante dall'elezione diretta a suffragio universale³⁸. L'altro esempio è riferito alla parlamentarizzazione del presidenzialismo: qui si può ricordare la recente

³⁶ Sul punto, v. i contributi di C. Martinelli, *Forme di governo parlamentari sotto tensione, tra formule elettorali e mutamenti di quadro politico* e di S. Gianello, *La crisi della modellistica costituzionale al mutare degli equilibri politici*, entrambi in *Percorsi cost.*, n. 3, 2017, 797 ss. e 813 ss. (ma v. l'intero fascicolo cit. dedicato a *Le forme di governo sotto pressione*)

³⁷ Cfr. *Il presidenzialismo che avanza. Come cambiano le forme di governo*, a cura di T.E. Frosini-C. Bassu- P-L- Petrillo, Roma 2009

³⁸ Sul premierato quale evoluzione della forma di governo parlamentare, cfr. T.E. Frosini, *Premierato e sistema parlamentare*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino 2005 (anche nel vol. *Il Premierato nei governi parlamentari*, cit.)

vicenda dell'*impeachment* nei confronti della presidente Dilma Rousseff, che è stato usato in maniera distorta come un voto di sfiducia tipico del sistema parlamentare. Ciò è dovuto anche al cd. “presidenzialismo di coalizione” formatosi in Brasile, complice il sistema proporzionale costituzionalizzato, che conferisce all’istituto giuridico dello *impeachment*, a differenza che negli Usa, una torsione politica che ha consentito al partito minore della coalizione di sostituire il presidente con il vice, quale proprio esponente politico³⁹.

Nel travaso dal parlamentarismo al presidenzialismo e viceversa, sembrerebbe doversi affermare, come tipologia di forma di governo, quella semipresidenziale che, a determinate condizioni di effettività politico-istituzionale, può assumere forma di semiparlamentare. I termini della questione sono noti e non mi soffermo⁴⁰. Resta il fatto che anche per equilibrare le esigenze della rappresentanza con quelle della governabilità, un sistema come quello semipresidenziale appare più rispondente alla finalità. Anche perché soddisfa la componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico⁴¹, la cui avvertita richiesta appare difficilmente eludibile. Occorre, quindi, trovare un bilanciamento istituzionale fra il rappresentare e governare, di cui si devono farsi interpreti le forme di governo, attraverso l’effettività delle stesse e la loro capacità camaleontica di sapersi adeguare alle trasformazioni istituzionali, per consolidare e rafforzare le democrazie stabilizzate. E’ questo il discreto fascino delle forme di governo.

Tommaso Edoardo Frosini
Dip.to di Scienze giuridiche
Università Suor Orsola Benincasa
tefrosini@gmail.com

³⁹ Riassume la vicenda, J. Paffarini, *Il presidenzialismo brasiliano alla prova delle inchieste e della crisi del bilancio statale: osservazioni sull’impeachment contro Dilma Rousseff*, in *DPCE online*, n. 3, 2017

⁴⁰ V. riassuntivamente, M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit.

⁴¹ Per dirla con il titolo di una nota opera di E. Fränkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico* (1958) ed. it. a cura di L. Ciaurro e C. Forte, Torino 1994

Costituzione e forme di governo. Il contributo di Mauro Volpi

di Massimo Luciani

1. – Mauro Volpi è uomo *πολύτροπος*. L'espressione (che Omero riserva, come si sa bene, a Odisseo) nell'accezione di Pindemonte (che la traduceva "uomo di multiforme ingegno") era manifestazione di un apprezzamento positivo, e positivo è il senso in cui qui è utilizzata. In altri luoghi del poema omerico Odisseo si fa *πολύμητις*, ma il riferimento alla *μητις* evoca un'abilità non sempre apprezzabile, che proprio non ci piace pensare possa legarsi al nome di Mauro.

Uomo *πολύτροπος*, dicevo, perché la sua produzione scientifica non è soltanto varia, ma spazia in campi che spesso si sono rivelati incompatibili, nel senso che è raro che chi ha trattato l'uno abbia avuto modo di occuparsi anche degli altri. Tre di questi campi, in particolare, si stagliano con maggiore nettezza nell'attività scientifica del Nostro: le forme di governo, la magistratura, le autonomie. Tuttavia, il tema che a me sembra davvero centrale nella produzione di Mauro è quello delle forme di governo. Tema che, del resto, è affrontato sia in prospettiva dommatica che in prospettiva storico-comparatistica.

In prospettiva dommatica, la nozione di forma di governo è intesa in senso "eminentemente giuridico": indicazione preziosa, che va in controtendenza rispetto a un atteggiamento assai diffuso tra i costituzionalisti e che - invece - è feconda di sviluppi decisivi, segnando la specificità dell'approccio del giurista al tema del potere politico, senza però dimenticare la connessione tra il suo punto di vista e quelli di altre discipline assai prossime alla scienza del diritto.

In prospettiva comparatistica, l'attenzione di Volpi si è tradizionalmente concentrata sull'esperienza costituzionale francese, ch'egli ha studiato sin dagli anni giovanili e cui ha sempre riservato un posto di prima fila.

Le ragioni di questo interesse sono molteplici. Alcune sono casuali: le prime letture; l'incontro diretto con la dottrina francese o con la dottrina italiana che la studiava, etc. Altre, però, sono strutturali. E meritano d'essere ricordate.

Mi riferisco, in particolare, all'avversione che Mauro ha sempre avuto per quella che Leopoldo Elia, chiamò “monocrazia repubblicana” (così il discorso alla Camera, del 19 maggio 1994, nel dibattito sulla fiducia al primo Governo Berlusconi) o peggio ancora “monocrazia plebiscitaria” (così il discorso del 2 agosto 1995, sempre alla Camera). Quel “mono”, quella semplificazione, quella riduzione degli spazi del pluralismo, sono sempre parsi al Nostro indici di un malfunzionamento, non segnali di una positiva efficienza del modello, come molti improvvidi commentatori nostrani, per molti anni, hanno creduto (e talora, nonostante le lezioni della storia, continuano a credere).

2. – In questa prospettiva, che è dommatica e assiologica allo stesso tempo, Mauro ha identificato proprio nella V Repubblica francese i rischi di un simile approdo, i rischi della monocrazia. Quel che gli è parso discutibile - e preoccupante - è la storica tendenza francese al bonapartismo, alla ricerca dell'uomo-guida. Non si tratta di una tendenza da prendere sottogamba. Conosciamo le immagini derisorie di Napoleone III che ci hanno lasciato Tocqueville (“son intelligence était incohérente, confuse, remplies de grandes pensées mal appareillées”), Hugo (“Un visage blême dont les lampes à abat-jour faisaient saillir les angles osseux et amaigris, un nez gros et long, des moustaches, une mèche frisée sur un front étroit, l'oeil petit et sans clarté, l'attitude timide et inquiète, nulle ressemblance avec l'empereur”) e Marx (“un avventuriero qualsiasi venuto dal di fuori, levato sugli scudi da una soldatesca ubriaca, che egli ha comprato con acquavite e salsicce, e a cui deve continuamente gettare altra salsiccia”; passo che in tedesco - “Ein aus der Fremde herbeigelaufener Glücksritter, auf den Schild gehoben von einer trunkenen Soldateska, die er durch Schnaps und Würste erkaufte hat, nach der er stets von neuem mit der Wurst werfen muß” - suona ancor peggio...). Le conosciamo, ma esse non hanno impedito a Napoleone III di fare il suo 18 brumaio, né hanno impedito ai suoi emuli di lanciarsi in più o meno consimili azzardi.

È difficile dire cosa sia, in effetti, il “bonapartismo”. Per quanto mi riguarda, nonostante le (pur non trascurabili) obiezioni di Marx, si tratta di una forma di tarda manifestazione storica del “cesarismo” (di una specie rispetto al genere), i cui tratti distintivi sono in parte i medesimi che Mauro Volpi ha elencato a suo tempo in una monografia che ha funzionato da spartiacque negli studi sulla Francia (*La democrazia autoritaria. Forma di governo bonapartista e V Repubblica francese*), in parte altri. Si tratta di otto caratteristiche, delle quali le prime sei sono comuni alla specie (al bonapartismo) e al genere (al cesarismo) e le altre due sono proprie della sola specie. Mi riferisco a queste:

- i) *un contesto d'eccezione* (sono la difettosità del regime, le condizioni di crisi, che aprono la prospettiva bonapartista);
- ii) *la filotimia e la megalopsichia* (si può farsi Cesare o Napoleone solo a condizione che si amino gli onori e che si pensi in grande, pur non necessariamente essendo grandi);
- iii) *l'aspirazione a instaurare un nuovo ordine costituzionale* (il “grande uomo” non serve se si tratta solo di governare l'esistente);
- iv) *l'assunzione del rischio* (chi intende instaurare un nuovo ordine costituzionale sa che, se fallisce e non riesce a rovesciare la legittimità esistente, sostituendola con un'altra, rischierà il patrimonio, la libertà, la stessa vita);
- v) *il rapporto privilegiato con l'esercito* (nessun Cesare, nessun Napoleone, ha potuto divenir tale senza l'esercito, inteso come comunità guerriera raccolta al seguito del capo);
- vi) *l'appello al popolo* (la componente plebiscitaria, sempre presente anche nelle democrazie pluralistiche, è esaltata dal ricorso continuo alla legittimazione popolare, dall'interlocuzione con il popolo attraverso la catarsi del voto);
- vii) *la spiccata autonomizzazione della sfera statale* (come, sulla scia di Nicos Poulantzas, ha scritto Carlo Guarnieri, il bonapartismo si presenta come un “regime politico caratterizzato da un forte apparato statale [...] che riesce a godere di una notevole [non totale, aggiungo io] autonomia rispetto a tutte le forze sociali”);
- viii) *la riduzione della molteplicità a uno* (il rapporto diretto fra capo e popolo marginalizza i corpi intermedi e mortifica il pluralismo).

Se analizziamo le singole vicende storiche sulla base di questa griglia possiamo cogliere se e quando vi siano state manifestazioni di bonapartismo. Così, ad esempio, la vicenda di De Gaulle, che Mitterrand, in *Le coup d'État permanent*, aveva duramente criticato (salvo poi, da Presidente, valersi di gran parte dello strumentario istituzionale gollista), può essere legittimamente vista in quella chiave, senza indebite sovrapposizioni a esperienze del passato, fatalmente (proprio perché del passato) irripetibili.

3. – Tornando, però, alla V Repubblica, è interessante notare come Volpi valorizzi la forza bipolarizzante del sistema elettorale, in questo seguendo l'originaria impostazione duvergeriana. È un'opinione che, confesso, condivido solo in parte, perché è assai difficile dire se gli effetti bipolarizzanti non li abbia determinati soprattutto l'elezione diretta del capo dello Stato. Probabilmente la verità sta nel mezzo: è la sinergia fra

sistema elettorale ed elezione diretta che ha forzato la peculiare strutturazione bipolare del sistema politico-partitico francese. Il che non significa, però, ch'essa debba presentarsi sempre e *usque ad aeternitatem*, come dimostrano con sufficiente chiarezza le vicende di questi ultimi anni.

Sul piano più propriamente formale, comunque, quel che maggiormente conta è che la forma di governo della V Repubblica appare segnata dal “dualismo” del potere esecutivo. Potere dualistico, si badi, nel senso di bicefalo, perché il vero dualismo della forma di governo, che si era realizzato con la monarchia costituzionale, è scomparso nelle democrazie contemporanee. Mentre nella forma di governo monarchico-costituzionale era ancora aperta la competizione fra legittimazione trascendente (o tradizionale) del monarca e legittimazione immanente (popolare) dell'assemblea rappresentativa, questa competizione non esiste più nelle forme di governo democratiche, nelle quali è solo la seconda a essere ammessa.

Questo (rettamente inteso) dualismo ha determinato una fatale oscillazione nell'equilibrio fra i poteri, messo costantemente in discussione dalla possibilità della prevalenza dell'uno o dell'altro dei vertici dell'Esecutivo. Ma quest'oscillazione - ha ben colto Volpi - è stata anche il frutto della flessibilità della forma di governo francese, che le ha consentito di reggere a lungo, nonostante il profondo mutare delle condizioni storico-politiche nel corso degli anni. Con la paradossale conseguenza - che non si può non segnalare - che i difetti della forma di governo hanno finito per essere anche i suoi pregi. Staremo a vedere, però, cosa accadrà, ora che la riduzione del mandato presidenziale e la coincidenza fra elezioni parlamentari ed elezioni presidenziali hanno ridotto, e di molto, le occasioni della coabitazione.

4. – Mauro Volpi è considerato un comparatista. E non si può negare che lo sia. Penso, però, che senza una precisazione questa qualificazione possa essere ingannevole. Il vero comparatista altri non è che un costituzionalista (o un civilista, un penalista, etc.) che fa comparazione. Le etichette che separano le discipline possono essere inevitabili a fini concorsuali, ma non vanno bene quando si deve descrivere la personalità di uno studioso. Per quanto mi riguarda, Mauro è e sempre sarà un costituzionalista che ha usato e usa la comparazione come strumento cognitivo e ricostruttivo, come un arricchimento dell'armamentario analitico del costituzionalista. La conclusione dovrebbe essere diversa se Mauro si fosse limitato a occuparsi di diritto straniero. Ma non solo non l'ha fatto, ma se anche l'avesse fatto non avrebbe potuto essere definito “comparatista”: fare diritto straniero non significa fare comparazione, mi sembra evidente. Ma questa, come si suol dire, è un'altra storia, ed è la storia di una polemica che dobbiamo

lasciare da parte, perché oggi è giorno di festa, è il giorno dell'affettuoso omaggio degli amici al caro Mauro Volpi.

Massimo Luciani
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Roma - La Sapienza
massimo.luciani@uniroma1.it

Mauro Volpi comparatista

di Giuseppe Morbidelli

Ringrazio gli organizzatori per avermi invitato a partecipare a questa giornata di rivisitazione del percorso di studi giuridici del Prof. Mauro Volpi e insieme di messa a fuoco dei Suoi principali insegnamenti.

A differenza degli altri relatori di questa sessione non ho trascorsi nell'Università di Perugia né ho collegamenti di scuola con Mauro: peraltro sono a Lui legato in quanto coautore del Manuale di "Diritto pubblico comparato" che ha conosciuto ad oggi con editori diversi otto edizioni e larga diffusione in circa 25 anni di vita: e il coautoraggio o come altro volete chiamarlo dà luogo ad un rapporto osmotico ed indelebile così come avviene con i compagni di collegio, o di classe, o di servizio di leva, tanti sono i vissuti comuni e, con essi, gli interessi, gli obiettivi, i valori.

Nello stesso tempo mi congratulo con gli organizzatori per il titolo oltremodo appropriato per rimarcare gli itinerari seguiti da Mauro. Il titolo infatti si dipana in due sezioni: una di diritto interno e una comparatistica, tra l'altro in sintonia con il titolo originario del nostro Manuale che nelle prime due edizioni (Monduzzi) era appunto "Diritto costituzionale italiano e comparato". Ed è il Mauro comparatista che appunto voglio commentare in una sorta di breve nota, anziché a sentenza, alle sue opere giuridiche, o meglio alla logica che le informa. Va subito messo in luce che la cifra comparatistica non è presente solo nei suoi testi manualistici nonché nei tanti saggi concentrati specificatamente su istituti e vicende giuridiche di altri Paesi, in prevalenza della sua "prediletta" Francia, predilezione del resto più che comprensibile atteso quanto il costituzionalismo è debitore di tale Paese, ma anche nei saggi e nelle monografie pur dedicati espressamente a profili di diritto interno, in quanto innervati dal continuo ricorso alla comparazione, sia di livello macro che micro.

Il *fil rouge* di tutto il suo percorso scientifico è rappresentato dalla forma di governo: da avvertire però che non sono estranei a questa "dedizione" i numerosi i suoi contributi che trattano di magistratura, referendum, sistemi elettorali, Corte Costituzionale, diritti fondamentali, ordinamento regionale e locale, etc. considerato che tutti in una maniera o nell'altra influiscono e connotano la forma di governo. Non a caso Volpi mette in rilievo nel suo studio "*Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*" (2^a ed., Torino, 2004, 84 e ss.) come la classificazione tradizionale secondo la individuazione dell'organo titolare dell'indirizzo politico è in crisi ove si consideri i tanti attori che concorrono alla determinazione dell'indirizzo stesso. Sicché per forza di cose la forma di governo viene ad essere delineata attraverso un'opera di setaccio che investe tutto il complesso di istituzioni "formanti" ai

vari livelli dell'indirizzo politico e che vanno ben oltre la trilogia Governo-Parlamento-Presidente della Repubblica: basti pensare alle istituzioni europee, alle autorità indipendenti, alla Corte costituzionale. Ai fini che mi propongo è comunque necessario rimarcare come il profilo di Volpi comparatista sia onnipresente, nel senso che quando esamina tematiche di diritto interno corrobora le sue ricerche, le sue analisi, le sue conclusioni attraverso un continuo dialogo con esperienze significative emergenti dagli altri ordinamenti. E di converso quando indaga su istituti o esperienze di ordinamenti stranieri la sua indagine non è mai a se stante cioè non è mero esame del diritto straniero ma sempre in continuo connubio e intersecazione con il nostro ordinamento.

Come noto si discute molto sui caratteri e sugli obiettivi della comparazione e sul relativo metodo, però ci sono dei punti fermi:

a) La comparazione costituzionale è ormai una necessità da quando i Trattati europei (v. ora art. 6 TUE e art. 52 della Carta di Nizza) evocano le “tradizionali costituzionali comuni” e, tra l'altro, la Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 269/2017 ha affermato che l'esigenza di armonia con le tradizioni costituzionali si impone in sede di interpretazione delle garanzie assicurate dalla Carta di Nizza: ma per fare ciò bisogna pur sempre individuare tali tradizioni il che, a sua volta, richiede una disamina sotto l'ottica comparatistica. Ottica, tra l'altro, imposta già dall'art. 10 Cost. in virtù del quale occorre verificare ai fini del diritto d'asilo la circostanza della effettività dell'esercizio delle libertà democratiche.

b) La comparazione per essere tale non può limitarsi ad una mera illustrazione più o meno critica del diritto di altri ordinamenti, non può cioè compendiarsi nel diritto straniero;

c) La comparazione proprio perchè la sua utilità principale è quella di fornirci insegnamenti e indicazioni presuppone una conoscenza completa e profonda dell'ordinamento *a quo* (o, come si suol dire, di riferimento) come è dimostrato dallo stesso percorso culturale dei grandi Maestri della materia da Mortati a Galizia ad Amato;

d) La comparazione presuppone, anzi impone indagini storiche, perchè solo esse ci danno la “ragion per cui” degli istituti (esemplare in tal senso è la monografia *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1979, che si sofferma in profondità ad analizzare il colpo di Stato di Luigi Bonaparte, sino a ricordare la polemica tra Marx e Victor Hugo nelle loro visioni opposte circa l'ascesa del potere di “Napoléon le Petit”);

e) La comparazione presuppone una conoscenza e una disamina delle esperienze concrete cioè del funzionamento e della vita reale degli istituti giuridici, come del resto ammonisce il già ricordato art. 10 Cost., nel suo riferirsi alla effettività. A tal fine voglio ricordare proprio quello che scriveva Carlo Lavagna (Maestro di Giuliano Amato) nella sua monografia *Rapporti tra il Capo del governo e i ministri*, Roma, 1942 (v. pag. 18 e ss.) laddove distingueva tra elementi politici e istituto giuridico, rilevando come i primi servono a spiegare e a interpretare il secondo: l'esempio tipico addotto a dimostrazione era rappresentato dall'istituto del Capo del governo che all'epoca si caratterizzava per una assoluta supremazia sugli altri ministri, in modo del tutto distonico

dalla formuletta *primus inter pares*, e ciò in virtù di fattori extra giuridici (tanto che – v. pag. 128 – Lavagna rileva che “*naturalmente, si deve ritenere scomparso dal nostro ordinamento il principio delle dimissioni dell’intero Gabinetto in caso di dissensi, dipendendo oggi l’indirizzo politico non più dall’accordo fra i Ministri, ma direttamente dal Capo del governo*”).

Ed invero le forme di governo non si ricavano solo da ciò che scrivono le costituzioni, altrimenti dovremmo ritenere che tanti ordinamenti del Centro e del Sud America hanno forme di governo analoghe a quella degli Stati Uniti. Sicché per fare una comparazione produttiva occorre non attenersi alle carte costituzionali, quelle che qualcuno ha definito gli attici infiorati, ma scendere nelle cantine delle prassi, delle convenzioni, delle consuetudini. Sintomatico di questo metodo è la monografia di Volpi sullo scioglimento anticipato, la quale si snoda attraverso una indagine amplissima, un vero e proprio viaggio tra gli ordinamenti del pianeta, se si pensa che esamina l’istituto dello scioglimento con riguardo ad Austria, Australia, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Giappone, Grecia, Islanda, Spagna, Svezia, Nuova Zelanda. Ma appunto la disamina è svolta tenendo in considerazione in parallelo il dato normativo e il dato esistenziale come confermato anche dalla presenza di numerose tabelle dove si indicano e si enumerano, tra l’altro, gli scioglimenti contro la minoranza e gli scioglimenti per conflitto nella maggioranza, gli scioglimenti unanimi, e poi si distingue, a proposito della titolarità dello scioglimento, tra titolarità giuridica, titolarità sostanziale e titolarità politica. Come pure sono elencate ed esaminate le alternanze e i relativi periodi conseguenti a scioglimento di parte nei regimi bipolari, si elencano le ipotesi di fine ordinaria o anticipata delle legislature, si distinguono le ipotesi di scioglimento “arbitrato”, di scioglimento per opportunità politica, di scioglimento per consultazione. In fondo questo metodo è in linea con ciò che Giuseppe Guarino diceva sempre a lezione e cioè che per apprendere e comprendere il diritto costituzionale occorre leggere con attenzione la stampa quotidiana dalla quale, appunto, si può ricavare il funzionamento in concreto delle istituzioni.

La prova provata della correttezza della ricerca che va oltre al dato formale è data da ciò che stiamo osservando in questi tempi, dove la figura del Presidente del Consiglio e i suoi rapporti con la compagine governativa danno luogo ad una forma di governo che non corrisponde a nessuna delle forme di governo tracciate a suo tempo da Mortati né a quelle individuate da Elia nella sua notissima “voce” enciclopedica: è infatti una situazione del tutto atipica in quanto non si era mai visto un governo costituito – scrive Cassese – dai due migliori perdenti, per di più tra di loro opposti, e che si esprime in un duumvirato assistito da un presidente mediatore, il quale opera in attuazione e gestione di un “contratto di governo” (contratto su cui, tra l’altro, proprio Mauro ha scritto recentissimamente individuando esperienze affini in altri Paesi).

D’altra parte in tempi di così detta poliarchia, di tutela multilivello, di autorità non soggette alle direttive governative, di globalizzazione che – come Volpi rileva in *Democrazia Costituzione Equilibrio tra poteri*, Torino, 2005, pag. 22 - determina una totale separazione fra la democrazia (che resta nazionale) e l’economia (transnazionale), l’indagine sulla forma di governo non può certo

limitarsi a ripercorrere i tradizionali modellini.

Ed è proprio ciò che ha fatto e continua a fare in circa 40 anni di studi Mauro Volpi, non mancando mai di riferirsi alle esperienze concrete attraverso indagini che vanno ben oltre quanto si può apprendere dai testi legislativi e dai manuali, e a tal fine procedendo attraverso un'opera di scandaglio di archivi e di giornali, tanto vero che spesso cita conferenze stampa, discorsi politici, interviste (si vedano, tra i tanti, i saggi su *Conseguenze dell'elezione di una maggioranza antipresidenziale nel parlamento della quinta repubblica francese* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977 e *La democrazia corrotta, ingovernabilità e scandali dalla Francia di Giscard* in *Democrazia e diritto*, 1980), addirittura fonogrammi della Presidenza del Consiglio (v. la nota 9 del saggio intitolato *Fine delle legislatura e attività legislativa del parlamento*) e ricorre all'ausilio dei dati statistici (es. il numero degli iscritti ai partiti o il numero di voti o di seggi: esemplare in tal senso è il saggio su *Il sistema dei partiti nella V Repubblica* in *Democrazia e Diritto*, 1981). In questo Mauro è del tutto in linea con il metodo propugnato da Paladini (v. *La questione del metodo nella storia costituzionale* (in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 26, 1997), laddove sottolineava il peso decisivo attribuito “alla prassi, ai precedenti, alle convenzioni, agli usi, ai comportamenti tenuti dai soggetti politici in genere e principalmente dai titolari degli organi costituzionali”.

La sua regola non è però recepire tali esperienze *tout court*, bensì raccordarle con i principi costituzionali e nel contempo, traendone insegnamenti e ammonimenti per il nostro ordinamento. Il metodo di Volpi sta anche nella lettura a 360° del sistema costituzionale: nel senso che sia che indagli su magistratura o referendum o partiti, sia che indagli sulle istituzioni regionali o sui sistemi elettorali o sui poteri presidenziali, è sempre costante la visione non atomistica delle relative discipline in quanto tutte concorrono a formare l' “anima” della Costituzione e inoltre perché v'è sempre in cima alle sue ricerche il problema di equilibrio e di bilanciamento fra i poteri (v. il titolo stesso della raccolta di saggi già ricordata), e dunque l'esigenza di stabilità e funzionalità, condizioni necessarie perché poi possano essere in concreto assicurati diritti e garanzie.

Il che anzi porta a dire che alla fine il filo più *rouge* delle sue ricerche è proprio la tensione verso la tessitura di un sistema di poteri equilibrato ed armonico. Non è però una sistematica fine a se stessa, perché proprio dagli studi di Mauro emerge che la sistematica non è incasellamento forzoso della realtà, ma è rispetto alla complessità di questa che va a organizzare e pertanto a salvaguardare nella sua naturale pluralità e diversità. Fatto è che la realtà sia della struttura della società che delle istituzioni è complessa, ma proprio per questo va conosciuta a fondo e per conoscerla a fondo bisogna scavare nella storia, nelle esperienze concrete e oltre i confini di Stato. Una ricerca difficile e faticosa: ma leggendo monografie, saggi, note di Mauro Volpi possiamo concludere che è stata fruttuosa e foriera di tanti insegnamenti per tutti coloro, siano essi studiosi od operatori pratici o politici che abbiano il merito di trarne ispirazione.

Riflessioni in tema di forme di governo a partire dalla dottrina Mauro Volpi

di Rolando Tarchi

Abstract: Reflections on forms of government starting from Mauro Volpi's doctrine – The paper, dedicated to Mauro Volpi, examines the theme of forms of government, particularly from the theoretical point of view as well as the identification of general models, in order to classify them, taking into account both the structural elements and dynamics of the functioning of the various experiences. A survey is then made of the questions most controversial in doctrine regarding the models of parliamentary, presidential and semipresidential forms of government.

Keywords: Forms of Government; Parliamentarism; Presidentialism; Semipresidentialism.

1. Brevi considerazioni introduttive

Scorrendo il lungo elenco delle pubblicazioni di Mauro Volpi (da qui MV) si colgono subito alcuni tratti di fondo¹; il primo è quello della varietà degli interessi di ricerca, che spaziano dai temi delle autonomie locali, alla materia elettorale, alle questioni relative alle riforme costituzionali e più latamente istituzionali, all'immunità ed alla responsabilità degli organi e dei soggetti politici, all'organizzazione della magistratura ed al profilo della tutela dell'indipendenza dei giudici, ai temi della democrazia e delle forme di stato, a quelli dell'organizzazione costituzionale e delle forme di governo.

Ma due sono le notazioni principali che meritano di essere evidenziate, di carattere materiale la prima, di metodo la seconda. Intanto si registra l'attenzione per un macro-tema, quello delle forme di governo, declinato nei suoi molteplici profili²; e, inoltre, una particolare attenzione rivolta al regime

¹ Considerando l'arco temporale compreso tra il 1975 ed il 2018, si contano, salvo errore, ben centosessantaquattro pubblicazioni, tra le quali spiccano ben sette monografie, oltre a sedici curatele, alcune parti di manuali a più voci, centoventidue tra saggi, articoli, relazioni a convegno, voci di enciclopedia, oltre a tredici recensioni (tra le quali mi piace ricordare quella dedicata alla seconda edizione del 1988 dei Sistemi giuridici comparati di Alessandro Pizzorusso, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, n. 1). Numerosi, poi, gli interventi sulla stampa quotidiana e periodica, che testimoniano un impegno civile prolungato e costante.

² Sono quattro i libri dedicati all'argomento, oltre ad innumerevoli articoli e saggi. Si ricordano qui i volumi su: *Lo scioglimento anticipato del Parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*, Rimini, 1983; *Forma di governo e revisione della Costituzione*, Torino, 1998; *Democrazia, Costituzione, equilibrio tra i poteri*, Torino, 2005; *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, 2014; *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di*

della Francia della Va Repubblica, unica esperienza compiutamente realizzata tra i sistemi semipresidenziali³. Ed in effetti, per chi ne ha letto gli scritti, MV può essere considerato come uno degli studiosi europei più esperti con riguardo a questi argomenti.

Quanto alla notazione di metodo, anch'essa è di tutta evidenza: gli studi di MV si caratterizzano per il costante approccio comparatistico, o costituzional-comparatistico, per riprendere una sua espressione⁴. Questo emerge già dall'impostazione delle prime due monografie, quella del 1979 su "*La democrazia autoritaria*" come in quella di poco successiva, del 1983, su "*Lo scioglimento anticipato del Parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*"; in particolare, il secondo dei due volumi, se messo a raffronto con altri dedicati al medesimo argomento e pubblicati nello stesso periodo⁵, si contraddistingue per un'attenta analisi dei dati empirici e si conclude con un tentativo di razionalizzazione delle esperienze esaminate alla luce dei modelli di forma di governo. In definitiva, il tentativo di individuare e proporre una tassonomia utile rappresenta il faro dell'intera ricerca e coglie in pieno gli obiettivi più intimi della comparazione come scienza giuridica.

Alla luce di questa duplice caratterizzazione, tematica e metodologica, ci pare opportuno concentrare la nostra attenzione sulle due questioni, peraltro tra loro strettamente connesse, della teoria delle forme di governo e, in minor misura, del sistema della Va Repubblica francese.

In proposito non sarà possibile fare riferimento all'intera produzione scientifica di MV; ci limiteremo a considerare gli scritti più recenti, anche perché sono questi ad affrontare le questioni di maggiore attualità e le opere di sintesi, che da sole offrono un quadro sufficientemente esaustivo dei problemi sul tappeto. In questo scritto cercheremo, partendo dalle idee di MV, di dialogare con lui, con l'avvertimento preliminare di una larga condivisione, da parte nostra, delle sue posizioni, in considerazione, non solo del valore scientifico e delle corrette argomentazioni delle tesi sostenute, ma anche della naturale conseguenza di un'affinità, non soltanto giuridica (a partire dal riconoscimento dell'importanza della comparazione) ma, altresì, politica e culturale⁶.

governo, Torino, VII ed., 2018.

³ Sul tema MV ha pubblicato tre volumi, oltre ad una trentina di scritti più brevi. Si ricordano qui i volumi su *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1979; *Le riforme elettorali in Francia. Una comparazione con il «caso» italiano*, Roma, 1987, oltre a quelli già richiamati nella nota precedente.

⁴ Cfr. MV, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, n. 1, 131-166, spec. 132.

⁵ Il riferimento è alla pur eccellente monografia in due tomi di P. Costanzo, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Milano, 1984-1988, che sviluppa un'indagine storico-diacronica sulle vicende del parlamentarismo europeo e dedica un'attenzione particolare, specie nel secondo volume, all'esperienza italiana.

⁶ Secondo quanto ci è già capitato di scrivere a proposito di un altro illustre collega; cfr. R. Tarchi, *Riflessioni sulle forme di governo: profili generali e metodologici. Un tentativo di dialogo con gli scritti di Alfonso di Giovine*, in A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, D. Pamelin, *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di Alfonso Di Giovine*, Milano, 2020, 228.

2. Delimitazione dei temi da trattare

Sul tema delle forme di governo le principali fonti di riferimento saranno tre; innanzitutto, il corposo saggio pubblicato nel 2015 sul primo numero edito dal Il Mulino della rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*⁷; in secondo luogo il volume su “*Libertà e autorità. La classificazione delle forme di stato delle forme di governo*”⁸, già richiamato, giunto, ormai, nel 2018 alla settima edizione; infine, il capitolo dedicato a “*La classificazione delle forme di governo*” nel manuale a più voci pubblicato da Giappichelli nel 2020⁹.

Con riguardo al volume del 2018, si deve riconoscere come si tratti di un manuale che possiede un taglio pienamente scientifico, le cui argomentazioni procedono con un incidere che ricorda il metodo seguito da Costantino Mortati nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico*¹⁰.

L’assonanza si ritrova già nel titolo utilizzato, che richiama una parte della formula che Mortati utilizzava per definire il concetto di forma di Stato, quale rapporto tra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati e, conseguentemente, il vario modo di realizzarsi della correlazione tra autorità e libertà. MV opera un rovesciamento di questi due termini, per evidenziare, sin dall’inizio, come nello Stato democratico contemporaneo la libertà preceda l’autorità e ne sia, in qualche modo, la fonte legittimante.

Dobbiamo aggiungere, poi, come il volume su *Libertà e autorità* si faccia apprezzare oltre che per la sua chiarezza (requisito indispensabile per ogni “buon” manuale), per la sistematicità con la quale i temi sono affrontati e, soprattutto, per il taglio problematico costantemente seguito, che riprende, ovviamente in sintesi, le tesi più diffuse in materia, per sostenerle o contraddirle, prima di procedere ad un’autonoma presa di posizione; ed è proprio quest’ultimo profilo che ricorda il metodo mortatiano. Il tutto con il pregio della sintesi; temi di ampia portata come quelli delle forme di stato delle forme di governo sono trattati in poco meno di 200 pagine, ciò che è possibile solo se si dispone di una conoscenza molto approfondita degli argomenti di cui ci si occupa. Ed in effetti, in questo scritto MV riprende molte delle tesi e delle argomentazioni già sviluppate più diffusamente in saggi o monografie precedenti. Possiamo quindi considerarlo come l’opera che meglio esprime la sintesi del pensiero di MV sulle forme di governo.

3. Forme di stato e forme di governo. Lo stato di salute della democrazia

Prima di iniziare a trattare di forme di governo, ci pare opportuno richiamare alcune delle considerazioni che MV sviluppa con riguardo al tema della

⁷ Si tratta de: *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, cit.

⁸ Un testo che io stesso ho adottato per più anni accademici per l’insegnamento di diritto pubblico comparato, con esiti didattici eccellenti.

⁹ Si tratta di G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli, M. Volpi, *Diritto costituzionale comparato*, Torino, 2020, che riprende e sviluppa i temi già trattati in opere manualistiche precedenti, quali: G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, V ed., 2016.

¹⁰ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed. aggiornata, Padova, 1975, I, 133 ss.

democrazia, anche per una ragione di ordine metodologico, che anticipa le altre che tratteremo successivamente.

Il metodo della comparazione richiede un'omogeneità, almeno relativa, degli oggetti trattati, ciò che vale anche per le forme di governo.

Su questo punto l'approccio di MV è molto chiaro; premesse la necessità di mantenere la distinzione anche concettuale tra i due piani e il carattere più ristretto della forma di governo, per la sua strumentalità quale mezzo per conseguire le finalità generali ed i valori propri dell'ordinamento statale, si rileva poi che l'esigenza di distinguere una pluralità di forme di governo sussiste esclusivamente per lo stato liberale e per quello democratico-pluralistico, non ponendosi invece per le forme autocratiche, nelle quali la concentrazione dei poteri porta a riconoscere come la forma di Stato assorba largamente quella di governo, che esplicita modalità organizzative relativamente marginali¹¹. Per questa ragione, allora, si deve riconoscere come l'ambito geografico delle indagini che interessano le forme di governo rimanga piuttosto limitato, in quanto i processi di democratizzazione che si sono avviati su larga scala nell'ultimo decennio del secolo scorso, nella maggior parte dei casi non hanno completato il loro percorso. Ne consegue, secondo quanto confermato anche da analisi di tipo quantitativo come quelle di *Freedom House* o *Index Democracy*, una rilevante delimitazione degli spazi operativi dei sistemi democratici utili ai fini della comparazione delle forme di governo, non potendosi considerare quelle operanti nell'ambito sia dei regimi ibridi (come quelli che oggi vengono definiti illiberali), che delle c.d. democrazie di facciata o imperfette, che pur avendo recepito gli schemi formali del costituzionalismo occidentale, non sono riusciti a completare la propria transizione verso questo modello¹².

Trattando delle forme di stato MV, dedica particolare attenzione allo stato democratico; dopo averne ricostruito i caratteri, per il modo in cui si è storicamente realizzato nel corso del XX secolo, procede all'analisi della diffusione delle democrazie ed ai limiti di questo processo, nonché, successivamente, delle ragioni che stanno portando ad una crisi generalizzata degli stessi sistemi di democrazia matura¹³.

L'approccio a tali questioni è ispirato ad una grande cautela; con riguardo all'arresto dei processi di democratizzazione in contesti estranei alla tradizione giuridica euro-atlantica, MV assume una posizione critica tanto con riguardo alle tesi che alcuni decenni orsono avevano evocato la fine della storia con la vittoria definitiva del modello economico capitalista, sia

¹¹ MV, *Libertà e autorità*, cit., 12.

¹² Si tratta di esperienze piuttosto disomogenee tra loro, come quelle che nel periodo più recente i paesi dell'Est, e quelli latino-americani, oltre, ovviamente alle diverse realtà del mondo arabo e delle c.d. forme di stato tradizionaliste, che mantengono caratterizzazioni tipicamente autocratiche. Cfr. MV, *Libertà e autorità*, cit., 75.

¹³ Un tema di cui MV si era già occupato in altre occasioni, come, ad esempio, nel saggio su *La diffusione della democrazia e i suoi limiti*, in A. Di Giovine, S. Sicardi (a cura di), *Democrazie imperfette*, Torino, 2005, 113 ss.

quelle di impronta massimalista che considerano ormai come ineluttabili gli scontri tra civiltà ritenute inconciliabili tra loro.

La prospettiva che si assume (condivisibile ed auspicabile), è invece quella della ricerca di una convivenza tra civiltà certamente molto diverse tra loro, con la consapevolezza degli enormi problemi che si frappongono, anche a seguito dell'esplosione di fenomeni terroristici, per lo più di matrice islamica, consumati sul territorio di stati dell'occidente, che hanno talora portato all'approvazione di misure repressive e liberticide (secondo quanto è avvenuto negli Stati Uniti, ma anche in Francia e nel Regno Unito). Certamente sono in atto processi di radicalizzazione, anche ideologica, che operano come un terreno fertile per l'emersione di movimenti politici ultranazionalisti e xenofobi, che contribuiscono ad alimentare i processi di arretramento democratico.

Peraltro, il tema del degrado dei sistemi democratici è affrontato da MV anche in altri lavori¹⁴, che trattano delle risposte adottate, non solo in Italia, per fronteggiare le recenti situazioni di crisi, in particolare quella di natura economica indotta dall'esplosione dei debiti sovrani che si è estesa all'Europa a partire dal 2011.

MV ritiene che le modalità tecnocratiche che sono state attivate, con l'investitura di governi c.d. tecnici (o a guida tecnica), costituiscano di per sé una risposta di tipo regressivo per il futuro di tutti gli ordinamenti democratici¹⁵.

Le conclusioni sul punto recuperano gli argomenti posti a sostegno delle tesi che hanno elaborato il concetto di post-democrazia¹⁶, nonché le critiche rivolte contro l'ideologia tecnocratica, sia quella tradizionale di ispirazione marxista, secondo la quale i tecnici svolgono un ruolo di supporto del grande capitale e sono utilizzati come copertura del dominio di classe¹⁷; sia quelle di matrice liberaldemocratica¹⁸, che da tempo hanno mostrato la loro contrarietà a governi di custodi. Le ragioni addotte sono note e riprese dallo stesso MV: intanto la politica non è scienza esatta e non può essere ridotta a tecnica; inoltre, le finalità dei sistemi democratici consistono nel perseguimento del bene comune e non invece dell'efficienza in sé; e soprattutto, tecnici e tecnocrati estranei al circuito democratico, sono sì politicamente irresponsabili e pur tuttavia sono condizionati da grandi imprese, lobbies culturali e/o accademiche, interessi professionali e settoriali.

¹⁴ MV, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in M. Volpi (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, 2017, 1 ss.

¹⁵ Sotto questo profilo l'esperienza italiana vanta un record: dal 1993 ad oggi sono stati ben quattro i "governi tecnici" che sono stati costituiti (quelli a guida Ciampi, Dini, Monti, Draghi); si tratta di un'anomalia rispetto alle altre democrazie europee che si commenta da sola.

¹⁶ C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2000.

¹⁷ L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, Torino, 2011; Id., *Tecnocrazia*, in *Dizionario di sociologia*, Novara, 2006, 579.

¹⁸ R. Dahl, *Democrazia o tecnocrazia? Il controllo delle armi nucleari*, (trad. it.), Bologna, 2007; Id., *La democrazia e i suoi critici*, (trad. it.), Roma, 1990, 98 ss.

Diventa quindi importante il richiamo operato da Papa Francesco, nell'Enciclica *Laudato Si* al pericolo rappresentato dal paradigma tecnocratico legato ai fenomeni di globalizzazione, mediante i quali si finisce per esercitare un dominio sull'economia, che viene utilizzata esclusivamente in funzione della realizzazione di un profitto di cui sono beneficiari i mercati finanziari, ma che non tiene conto delle esigenze insopprimibili dello sviluppo umano e dell'inclusione sociale.

A questo proposito ritorna la questione generale del rapporto tra tecnica (ma io aggiungerei economia) e politica; la tecnica deve essere rigorosamente subordinata alla politica e alle opzioni di valore che discendono dalla costituzione democratica, ma perché ciò accada occorre rilanciare la democrazia sia come rappresentanza sia come partecipazione contro le concezioni elitiste e oligarchiche che ne pregiudicano la qualità¹⁹.

4. Profili metodologici per lo studio delle forme di governo

In ordine ai profili teorici dell'analisi delle forme di governo, i riferimenti devono essere rivolti soprattutto al saggio, già ricordato, del 2015. Non vorrei apparire troppo encomiastico, ma questo scritto va incluso in quella limitata cerchia di contributi hanno portato la dottrina italiana a porsi all'avanguardia della riflessione sulle questioni teoriche e metodologiche in tema di forma di governo; credo sia un primato che debba essere riconosciuto alla nostra letteratura giuridica (costituzionalistica e comparatistica) che ha mostrato una sensibilità per questi temi che non si ritrova in altre tradizioni giuridiche²⁰, con scritti di grande raffinatezza ed approfondimento²¹. MV si

¹⁹ Possiamo segnalare un ulteriore pericolo che ha già aggredito le democrazie contemporanee, quello del capitalismo digitale, su cui condividiamo le considerazioni di M. Dogliani, *La forma di governo tra riformismo elettorale e mutamento politico-istituzionale*, in *Federalismi.it*, numero speciale 1/2018.

²⁰ Si deve riconoscere come E. Crosa, *Sulla classificazione delle forme di governo*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, vol. I, 456 ss., sia stato un precursore, avendo per primo affermato l'esigenza della distinzione tra forme di stato e forme di governo.

²¹ L'elenco è piuttosto nutrito ed il rischio che si corre è quello di omettere alcune voci importanti; cfr., comunque, M.S. Giannini, *Prefazione*, in G. Burdeau, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Milano, 1950; C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973; L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, 634 ss.; M. Dogliani, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur.cost.*, 1973, 225 e 238; P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, VI ed., 1988, 112 ss.; F. Cuocolo, *Le forme di Stato e di governo*, estratto dal *Digesto IV ed.*, Torino, 1989; G.U. Rescigno, voce *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, 1989; F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia*, Milano, 2004, 103; G. Amato, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2006, 23 ss.; L. Elia, *Forme di Stato e forme di governo*, in S. Cassese (cur.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, vol. III, 2006, 2593 ss.; M. Luciani, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, 2009, 538 ss.; C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo*, Napoli, II ed., 2009; A. Di Giovine, *Le forme di governo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, II ed., 2014, 835 ss.; A. Morelli, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, *Federalismi.it*, n. 1/2017.

colloca nella scia di questi prestigiosi maestri, con le cui tesi dialoga per poi proporre ricostruzioni e conclusioni in larga parte originali.

Anche in questo caso si tratta di questioni già ampiamente trattate in altre sedi²², che vengono riprese in maniera sistematica e complessiva. In proposito MV pone preliminarmente quattro questioni nodali: innanzi tutto il metodo da seguire per lo svolgimento dell'indagine; in secondo luogo ci si interroga sul valore che deve essere ricercato (solo descrittivo o anche prescrittivo) e che potrà essere attribuito alla sistematica delle forme di governo; in terzo luogo l'individuazione degli elementi necessari ed essenziali che devono essere considerati per l'elaborazione dei diversi modelli di forma di governo, ciò che si collega direttamente alla definizione di forma di governo da assumere; infine, la proposta di una tassonomia utile, quale risultato dell'analisi precedentemente sviluppata.

4.1 L'irrinunciabilità della comparazione per lo studio delle forme di governo.

Con riguardo al metodo da seguire, l'opzione di MV è netta: deve essere necessariamente quello offerto dalla macro comparazione; questa scelta non risulta solo dall'impostazione e dalla struttura del saggio considerato nel suo complesso, ma, ancora prima, da una presa di posizione esplicita, con la quale MV si contrappone criticamente alla diversa tesi sostenuta di recente da Massimo Luciani²³; quest'ultimo, infatti, aveva messo in discussione l'utilità di una classificazione delle forme di governo che riproponesse l'impostazione classica di una loro distinzione per tipi o per modelli, in quanto tali categorie generali risulterebbero inadeguate a ricomprendere e incasellare la molteplicità delle esperienze concrete esistenti, ciascuna delle quali caratterizzata da numerose e complesse variabili idonee ad incidere sulla struttura e sul funzionamento della forma di governo stessa. In altri termini, le tassonomie tradizionali si limiterebbero ad offrire solo indicazioni sommarie e, per questo, possono essere messe in secondo piano, dovendosi piuttosto procedere all'elaborazione di tabelle che ricostruiscono le dinamiche di ciascuna forma di governo storicamente determinata.

MV considera questo approccio inadeguato e parziale, osservando come un'impostazione finalizzata a conseguire soltanto una migliore conoscenza di ciascuna singola esperienza sia funzionale esclusivamente alla prospettiva del diritto costituzionale nazionale, mentre per il comparatista la conoscenza delle diverse esperienze storiche costituisce non il fine ma il mezzo della ricerca; è, infatti, soltanto dal confronto tra le molteplici realtà storiche che possono essere messe in evidenza le rispettive analogie e differenze e, conseguentemente, procedere all'enucleazione di modelli di

²² Cfr. MV, *Sulla classificazione delle forme di governo proposta da Duverger*, in A. Baldassarre, G. Rossi (a cura di), *Le istituzioni costituzionali in Italia. Il dubbio della riforma. Colloquio con Maurice Duverger*, Perugia, 1986; Id., *Le forme di governo contemporanee tra modelli teorici ed esperienze reali*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazie e forme di governo. Modelli stranieri e riformacostituzionale*, Rimini, 1997, 40 ss.

²³ M. Luciani, voce *Governo*, cit., 583 ss.

riferimento. Non solo, anche in questo caso vale la regola generale che sorregge la metodologia della comparazione; è proprio il confronto tra esperienze concrete diverse che consente di acquisire una conoscenza migliore anche del proprio sistema nazionale.

Piuttosto, può risultare decisivo il novero degli elementi che devono essere presi in considerazione per l'analisi della forma di governo; anticipando un profilo che sarà ripreso successivamente, MV propende per limitare l'attenzione a quelli essenziali (considerando che la forma corrisponde proprio all'essenza di un determinato sistema, nel senso che ne costituisce il fondamento), con l'esclusione, quindi, di quelli accidentali e di quelli che incidono soltanto sul funzionamento e non direttamente sulla struttura della forma di governo stessa.

Inoltre, pur ribadendone l'irrinunciabilità, MV riconosce come si debba propendere per una visione non dogmatica della classificazione delle forme di governo per tipi generali, considerando proprio la circostanza, piuttosto ricorrente, che ciascuna delle singole esperienze può non corrispondere, come di solito avviene, in tutto e per tutto al modello astratto nel quale viene catalogata.

Credo sia superflua qualsiasi considerazione da parte nostra; la rinuncia al metodo della comparazione impoverirebbe in maniera decisiva lo studio delle forme di governo, riducendolo ad indagini di storia costituzionale delle singole esperienze; e del resto la posizione di Luciani è rimasta isolata nel panorama degli studi non solo italiani, che hanno mantenuto l'impostazione tradizionale, che procede almeno dagli studi di Costantino Mortati²⁴ e che poi è stata successivamente rielaborata da molti altri²⁵.

Come è stato efficacemente scritto, l'individuazione dei modelli costituisce al tempo stesso il risultato ma anche il presupposto dell'opera di catalogazione delle forme di governo concretamente individuabili mediante gli studi di storia costituzionale e diritto comparato; peraltro la comparazione diacronica e sincronica degli ordinamenti costituzionali ha come effetto l'elaborazione di modelli che, in certa misura almeno, costituiscono una forma di razionalizzazione dei dati forniti dall'esperienza. Conseguentemente, quest'opera comporta anche un'attività di creazione e/o modificazione delle categorie che vengono utilizzate per la classificazione delle situazioni concrete che la storia e la comparazione ci presentano; non solo: dall'indagine induttiva volta a individuare i modelli sulla base delle indagini compiute si affianca l'analisi deduttiva volta a ricavare dei modelli stessi, una volta adottati, specifiche regole da applicare.

Con una avvertenza; l'elaborazione ed il confronto con dei modelli generali, che acquistano il valore di idealtipi, non deve essere affinata più di

²⁴ C. Mortati, *Le forme di governo*, cit., *passim*, che utilizza la comparazione sia nella modalità diacronica, che in quella sincronica.

²⁵ Di questo metodo si avvalgono la quasi totalità degli autori citati alla n. 18.

quanto non sia necessario, ovvero non deve indulgere in costruttivismi interpretativi²⁶ che si distacchino eccessivamente dalle singole esperienze storiche che concorrono a definire il modello stesso. Inoltre, non va dimenticato che i modelli organizzativi entrano in relazione e contribuiscono a realizzare con le finalità ed i valori in cui si riconoscono le comunità corrispondenti, al punto che la scelta di una delle suddette formule organizzative deve risultare funzionale, proprio alla miglior realizzazione di quei valori²⁷.

4.2 Segue il valore dei modelli

La questione appena affrontata è direttamente collegata ad un'altra di portata anch'essa generale e liminare, relativa al valore proprio dei modelli e della sistematica delle forme di governo che è possibile elaborare ricorrendo al metodo della comparazione.

Si tratta di un problema di carattere generale riferibile a tutta la modellistica e del quale ci siamo recentemente occupati anche a proposito della classificazione dei tipi di stato²⁸. Ciò significa che ai modelli elaborati, anche con il supporto della comparazione, deve essere riconosciuto un triplice valore, il primo dei quali è quello euristico²⁹, utile ad orientare le indagini. Inoltre, tali modelli, oltre ad esprimere una valenza descrittiva, utile per una migliore conoscenza delle esperienze esaminate, compresa quella nazionale, sono in grado di esprimere anche un valore prescrittivo, in quanto una volta individuati gli elementi caratterizzanti ed i principi sui quali si regge un modello di forma di governo, deve presumersi, che ciascuna esperienza che, esplicitamente o implicitamente, adotti tale formula generale recepisca altresì, tacitamente, le regole che della forma di governo stessa, per come sono state elaborate anche dal formante dottrinario, ne costituiscono la struttura portante³⁰. Il modello, in definitiva, individua dei confini che non possono essere superati dalle concrete esperienze ad esso riconducibili³¹. In questo senso, la forma di governo adottata, con i suoi principi caratterizzanti può assumere un valore di tipo parametrico ed essere utilizzata dalle stesse corti di giustizia chiamate a risolvere controversie relative ai rapporti tra organi costituzionali, come peraltro è avvenuto in occasioni più o meno recenti³².

²⁶ Da ultimo, A. Morelli, *Comparazione*, cit., 15.

²⁷ G. Bognetti, voce *Federalismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991, 277 ss., spec. 292, soltanto una sistematica concettuale così integrata può dunque offrirci uno strumento valido per avvicinarci all'intelligenza piena della reale effettività storica.

²⁸ R. Tarchi, *Tipi di stato e possibili tassonomie. Qualche riflessione a margine del pensiero di Paolo Carrozza*, in P. Bianchi, E. A. Ferrioli, G. Martinico, C. Napoli (a cura di), *Scritti in memoria di Paolo Carrozza. Riflessioni dei colleghi pisani tra pensiero scientifico e ricordo*, Pisa, 2021, 181 ss.

²⁹ G.U. Rescigno, cit., n. 3.6.5. G. Amato, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., 37; A. Morelli, *Comparazione e ipotesi scientifiche*, op. loc. cit.

³⁰ A. Pizzorusso, op. loc. cit.

³¹ Ora v. anche A. Morelli, *Le vicende del regionalismo in Europa*, in *federalismi.it*, cit., 3 ss.

³² La valenza prescrittiva della forma di governo è stata talora utilizzata da importanti

L'indagine di MV sembra condividere questa impostazione, affermandosi che per il giurista il valore della prescrittività è irrinunciabile, in quanto il riconoscimento di un valore prescrittivo al modello di riferimento ha come conseguenza quello di indirizzare i rapporti fra gli organi che definiscono la forma di governo stessa entro canali predeterminati e vincolanti, il cui superamento rende incostituzionali i comportamenti concreti eventualmente messi in atto oltre i limiti imposti³³. Questa scelta, conseguentemente, obbliga a delle rinunce, ovvero a non poter considerare una serie di elementi e fattori che esercitano comunque un'influenza importante sulle concrete dinamiche delle forme di governo.

Per la definizione di una forma di governo, quindi, oltre alle previsioni costituzionali formalizzate, si devono considerare soltanto le regole non scritte che regolano i rapporti tra gli organi costituzionali di vertice di uno Stato, le sole che possono essere utilizzate come parametro giuridico per la valutazione dei comportamenti assunti in concreto dai titolari delle massime cariche pubbliche; ciò che non vale per le convenzioni costituzionali, prive di una forza giuridica vincolante³⁴.

decisioni adottate da corti supreme o corti costituzionali. Limitando al massimo gli esempi, possiamo ricordare la sentenza della Corte Suprema U.S.A., *Immigration and Naturalisation Service v. Chada* (462 U.S. 919, 1983), che dichiara l'illegittimità dell'istituto del veto legislativo in quanto contrastante con il principio della divisione dei poteri, ricavato dall'impianto generale della forma di governo definita dalla Costituzione federale del 1979. La Corte costituzionale italiana con la sent. n. 7/1996, risolse il conflitto di attribuzioni che le era stato proposto (il c.d. caso Mancuso) sulla base dei caratteri della forma di governo parlamentare italiana, alcuni dei quali non codificati da previsioni costituzionali, utilizzando espressioni generali quali "logica del governo parlamentare", "esigenze poste dallo sviluppo storico del governo parlamentare" ed altre, che fanno emergere il valore prescrittivo di questa forma di governo, quanto meno con riguardo al nostro contesto nazionale.

Più recentemente la *Supreme Court of United Kingdom* ha dichiarato nullo l'*Order in Council* del 28 agosto 2019 che aveva immotivatamente disposto la sospensione dei lavori parlamentari (*prorogation*) dal 9 settembre al 14 ottobre. La sentenza del 14 settembre 2019 (c.d. *Miller II*) ha risolto la questione applicando i principi generali su cui si fonda la forma di governo parlamentare britannica, ovvero quello della sovranità parlamentare e quello della responsabilità del governo, considerato come un'emanazione permanente della Camera dei comuni. La sentenza, oggetto di numerosi commenti anche in Italia, è apparsa ai più come una decisione rivoluzionaria per il Regno Unito, anche perché adottata in un contesto costituzionale quasi esclusivamente convenzionale. Cfr. G.F. Ferrari, *Miller II: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?* in *DPCE online*, n. 3/2019, 2171 ss.; F. Rosa, *Power to Parliament. La Corte Suprema dichiara illegittima e nulla la sospensione del Parlamento*, *ibid.*, 2165 ss.; C. Martinelli, *La Brexit come vaso di Pandora della Costituzione*, in *DPCE online*, *ibid.*, XI ss.

³³ V. di recente anche M. Dogliani, *C'è ancora posto per il diritto costituzionale in tema di forma di governo?* in *Quad. cost.*, 2019, 119 ss., che identifica i modelli di forma di governo come ideal-tipi weberiani, ovvero come strumenti che servono per analizzare i casi concreti (la forma di governo di un singolo paese) mettendo al confronto il modello ideale. Pertanto, gli idealtipi servono ad illuminare le convergenze e soprattutto le devianze del caso singolo rispetto al modello.

³⁴ Le convenzioni costituzionali, consistenti in quei comportamenti consolidati derivanti da accordi politici, almeno tendenzialmente non assumo rilevanza, in considerazione del fatto che queste sono liberamente modificabili dai loro sottoscrittori nel corso del tempo e che incidono esclusivamente sulle dinamiche di funzionamento piuttosto che sulla struttura di un determinato sistema.

La questione del valore anche prescrittivo o soltanto descrittivo dei tipi generali di forma di governo enucleati non assume importanza solo sul piano teorico, risultando direttamente collegata ad uno dei profili di maggiore rilievo sui quali si è interrogata la dottrina, non solo italiana, ovvero all'importanza che deve essere riconosciuta ai sistemi politici per la definizione dei diversi modelli di forma di governo. Il riconoscimento dell'importanza decisiva del ruolo svolto dai partiti politici quanto meno con riguardo alle concrete dinamiche delle forme di governo è piuttosto risalente³⁵ ed ha trovato una formulazione raffinata soprattutto grazie al contributo fondamentale di Leopoldo Elia³⁶, ideatore di una sistematica inclusiva anche dei sistemi politici, quanto meno per distinguere i sistemi parlamentari, tenuto conto del loro funzionamento in concreto nel lungo periodo.

Come noto, questa ricostruzione era stata sottoposta fin quasi da subito a rilievi critici³⁷ ed alla fine era stata abbandonata dallo stesso Elia nell'ultimo dei suoi scritti sull'argomento³⁸. Anche a questo proposito la posizione di MV è piuttosto netta³⁹: il riferimento agli assetti dei sistemi di partito viene considerato come necessario per l'analisi, ma se ne esclude la natura costitutiva ai fini della definizione di forma di governo che è, e deve rimanere, una categoria giuridica e, pertanto, non può fondarsi su elementi di natura fattuale. Allo stesso modo di quanto fanno i politologi, anche i giuristi debbono mantenere concettualmente separati i piani della forma di governo e del sistema politico⁴⁰: l'inclusione dei partiti farebbe perdere valenza normativa alle categorie elaborate.

MV rileva, inoltre, che se da una parte è indubitabile che i sistemi di partito condizionino le modalità di funzionamento delle forme di governo, si può altresì riscontrare che anche altri soggetti sociali (si pensi ai sindacati, alle associazioni in genere, a determinate *lobbies* ecc.) possono determinare effetti simili. Il grado e le modalità di questi condizionamenti variano da ordinamento a ordinamento e nelle diverse fasi storiche.

Si tratta di una tesi, quest'ultima, che anche noi avevamo sostenuto in passato, rilevando come sarebbe stato necessario ampliare la sfera dei

³⁵ M.S. Giannini, *Prefazione*, cit., *passim*; M. Duverger, *Les partis politiques*, Paris, 1951, X ed., 1976, 465 ss.

³⁶ L. Elia, voce *Governo*, cit., 634 ss.

³⁷ Il primo a muovere delle obiezioni, sul piano del metodo, alla fondamentale opera di Elia è stato M. Dogliani, *Spunti metodologici*, cit., 225; più di recente, M. Luciani, voce *Governo*, cit., 553 ss.

³⁸ Cfr. L. Elia, *Forme di Stato e forme di governo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 2600, che prende parzialmente le distanze dal suo scritto precedente, definendo il contesto partitico non più quale elemento strutturale, ma solo condizionante del funzionamento delle forme di governo: "funzionamento che risulterebbe incomprensibile se si pretendesse di prescindere, per rimanere nell'esempio, dal numero di partiti, dalla loro struttura e così via". Sul pensiero di Elia v. ora anche: MV, *Le di governo nel pensiero di Leopoldo Elia*, in *DPCE, fascicolo speciale*, 2019, 821 ss.

³⁹ MV, *Il metodo*, cit., 139.

⁴⁰ Cfr. O. Duhamel, *Le Démocraties. Régimes, Histoire, Exigences*, Paris, 1993, 153; Id., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2009, 444 ss.

soggetti sociali e non meritevoli di considerazione⁴¹; non possiamo dimenticare, tuttavia, come ai partiti politici sia riconosciuta, talvolta da esplicite disposizioni costituzionali, una funzione peculiare e distinta rispetto alle altre articolazioni della società, consistente nella gestione dei passaggi elettorali e, quindi, nella selezione del personale politico, oltre che nella determinazione delle politiche generali da perseguire⁴².

Con riguardo poi alla valutazione da esprimere nei confronti della originaria ricostruzione di Elia volta a valorizzare il ruolo dei sistemi politici anche per finalità tassonomiche, credo che il giudizio vada storicizzato, tenendo conto del periodo nel quale tale teoria venne formulata⁴³. In quel momento, alla fine degli anni '60 del secolo scorso, si trattò di un'elaborazione pionieristica che colse l'obiettivo di superare l'eccessivo formalismo che aveva caratterizzato fino ad allora la riflessione della scienza costituzionalistica italiana, contaminata solo dai riferimenti di carattere storico utilizzati da Costantino Mortati, mentre la scienza della politica aveva già elaborato impianti tassonomici più completi⁴⁴. Non solo, nel primo quarto di secolo successivo al secondo dopoguerra in tutti i sistemi costituzionali europei i partiti avevano occupato una posizione di assoluta centralità ed esercitato un ruolo determinante per la crescita del livello di democrazia complessiva; i partiti diventano il perno su cui ruotano i sistemi istituzionali in una fase di costruzione e di consolidamento della forma di Stato sociale, con un'integrazione effettiva delle masse, che i partiti stessi

⁴¹ R. Tarchi, *La classificazione delle forme di governo. Il difficile passaggio dal catalogo al sistema*, ed. provvisoria a cura dell'Autore, Pisa, 1989, spec. 12 ss.

⁴² Una rapida rassegna di alcuni testi costituzionali dimostra come il minimo comun denominatore riservato ai partiti politici sia quello rendere possibili le consultazioni elettorali; ad esempio, l'art. 4 Cost. Francia 1958 recita: "I partiti e i gruppi politici concorrono alla espressione del voto"; per l'art. 21 della Legge fondamentale tedesca: "I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo"; ai sensi dell'art. 7 cap. III, Legge sulla forma di governo svedese: "I seggi vengono ripartiti tra i partiti"; infine, l'art. 29 Cost. Grecia 1975 dispone: "l'organizzazione e l'attività dei partiti deve servire al libero funzionamento del regime democratico". Non mancano previsioni più articolate, che richiamano i principi della rappresentanza e della partecipazione politica, come ad esempio fanno l'art. 51 della Costituzione portoghese del 1976 (La libertà di associazione comprende il diritto di costituire o partecipare ad associazioni e partiti politici e, attraverso questi, di concorrere democraticamente alla formazione della volontà popolare e all'organizzazione del potere politico) e l'art. 6 di quella spagnola del 1978 (I partiti politici esprimono il pluralismo politico, concorrono alla formazione e manifestazione della volontà popolare e sono strumento fondamentale per la partecipazione politica). Elemento comune a tutti i testi citati è quello della "concorrenza" delle funzioni che i partiti sono chiamati ad esercitare. Ovviamente, oltre a queste previsioni, va ricordata anche quella dell'art. 49 Cost. italiana.

⁴³ Ci pare di cogliere che questa sia anche l'interpretazione di R. Nania, *Forma di governo e sistema dei partiti: rileggendo Leopoldo Elia*, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2014/05/R-Nania-Forma-di-governo-e-sistema-dei-partiti-rileggendo-Leopoldo-Elia.pdf>, per il quale la considerazione del fattore partitico viene assunta come un'incombenza cognitiva ineludibile in presenza del nuovo assetto democratico (qui il riferimento è all'Italia, ma credo possa essere generalizzato a tutte le esperienze democratiche allora esistenti), e questo indipendentemente dal fatto che il sistema dei partiti sia considerato un elemento costitutivo della forma di governo, piuttosto che una situazione condizionante.

⁴⁴ Il riferimento è soprattutto a G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, III ed., Bologna, 1969, cui Elia fa ampi riferimenti nel suo scritto.

rappresentano, nelle dinamiche pubbliche. Non a caso è in quel periodo che si comincia ad usare l'espressione di "stati dei partiti". Non solo, Elia puntualizza molto bene come le dinamiche politiche meritevoli di considerazione sono quelle di lungo periodo, le sole in grado di esprimere una valenza anche normativa, funzionale all'integrazione delle previsioni costituzionali considerate quali norme "a fattispecie aperta" e, per questo suscettibili di plurime applicazioni.

Se confrontiamo questo stato delle cose presente nella seconda metà del secolo scorso con la situazione attuale, ci rendiamo immediatamente conto dell'esistenza di una profonda diversità.

Nel corso del XXI secolo, per una molteplicità di ragioni che qui non è possibile richiamare, i partiti politici tradizionali (o quello che oggi ne resta) hanno iniziato a vivere in uno stato di crisi profonda, manifestando una progressiva difficoltà nella rappresentazione e nella canalizzazione degli interessi sociali⁴⁵; la situazione complessiva è diventata molto più fluida, con l'emersione di nuovi soggetti che talora rifiutano la stessa denominazione di partito o si configurano soltanto come apparati a sostegno di leadership politiche individuali (partiti personali). Come detto, questo determina maggiore fluidità nelle dinamiche politiche, cui consegue la difficoltà a far emergere regole fattuali (consuetudini o convenzioni) durature e funzionali alla stabilizzazione delle forme di governo, che inevitabilmente finiscono per risentire di questo retroterra precario. Questa tendenza generale si è manifestata con gradazioni diverse nelle singole democrazie consolidate, con l'emersione, però, di alcune costanti quali l'incremento della complessità dei sistemi partito, indotta dalla crescita del loro numero e dalla comparsa di movimenti, che spesso riescono ad ottenere una rappresentanza parlamentare, che perseguono politiche ultranazionaliste o ispirate ad un sovranismo estremo; movimenti che, comunque, sposano ideologie massimaliste e che possono essere qualificati come partiti anti-sistema, per la loro posizione di contrasto con alcuni dei valori fondamentali su cui si fonda il costituzionalismo della tradizione giuridica occidentale.

Si tratta di un fenomeno che anche MV ha sapientemente ricostruito, segnalando il distacco progressivo che si è prodotto tra i leader ed i partiti politici ed i cittadini elettori e che ha portato ad una crescita del fenomeno dell'astensione, diventato in alcune circostanze patologico⁴⁶, oltre che ad

⁴⁵ Su questo v. anche MV, *Alla ricerca della stabilità perduta* (editoriale), in DPCE, n.3/2019, IX ss.; Id., *Il ruolo del parlamento nei sistemi parlamentari*, in R. Tarchi (a cura di), *Parlamenti e parlamentarismo nel diritto comparato*, Itinerari della comparazione, Quaderni di DPCE online, 2020, 58 ss. (consultabile all'indirizzo web <https://drive.google.com/file/d/1YLijN2-tkzXJ9id54kRIPKxOLOYXCEQy/view>).

⁴⁶ MV se ne è occupato di recente intervenendo sul doppio passaggio elettorale (presidenziale e parlamentare) del 2017 in Francia, evidenziando la frattura rilevante tra cittadini e sistema politico (l'astensionismo, già elevato al secondo turno delle elezioni politiche ha registrato una crescita esponenziale alle politiche, raggiungendo il 57,4% astensione alle politiche: le ragioni individuate sono essenzialmente due: la sfiducia nei confronti delle forze in campo la percezione da parte degli elettori che a seguito delle riforme costituzionali del 2000-2001 il ruolo del Parlamento, che gode di una legittimazione più

avere reso più difficilmente governabili i sistemi costituzionali, come sintetizzata nella (felice) formula di “democrazie senza governo”⁴⁷.

Peraltro, la crisi dei partiti è anche una conseguenza della perdita di centralità degli stati nazionali, la cui sovranità è stata erosa dalla comparsa di ordinamenti sovranazionali (almeno in Europa) e dai fenomeni di globalizzazione economica, che hanno sensibilmente ridotto le prerogative dei decisori politici, spesso obbligati a recepire quanto stabilito in altre sedi⁴⁸.

Se non dobbiamo dimenticare che le obiezioni decisive alla ricostruzione di Elia sono di natura teorica e sono volte ad impedire una perdita del valore prescrittivo della categoria giuridica “forma di governo”, questa segnalata distanza tra i contesti storici di riferimento rende oggi ancora più opportuno il mantenimento della separazione dei profili strutturali delle forme di governo da quelli dinamici delle forme di governo; questi ultimi, nonostante i rilievi appena fatti, mantengono tuttora un’importanza non trascurabile, ma si pongono su un piano diverso e non sovrapponibile con quello, normativo, sul quale vengono confezionate le strutture dei sistemi istituzionali.

La distinzione tra questi due piani, semmai, può avere delle conseguenze sull’articolazione delle tassonomie risultanti; MV propone, infatti, una distinzione delle forme di governo articolata su due livelli distinti. Intanto vengono enucleati dei tipi in senso proprio, definiti sulla base dei soli elementi di natura giuridica, che mantengono un valore pienamente prescrittivo; per ciascun tipo, poi, è possibile individuare dei sottotipi, risultanti anche dalla considerazione di elementi politici e fattuali, che arricchiscono e completano il quadro di riferimento, seppure sotto un punto di vista prettamente descrittivo.

Si tratta, a nostro avviso, di una proposta convincente, in quanto, per un verso non rinuncia alla formulazione di tassonomie più articolate e, per questo più utili anche in chiave ermeneutica oltre che didattica; per altro verso, invece, viene mantenuto il rigore proprio dell’analisi del giurista, finalizzata innanzi tutto alla ricostruzione di fenomeni che possiedono un sicuro valore normativo.

limitata, è diventato ancillare rispetto a quello del Presidente. Cfr., MV, *Le elezioni presidenziali ali francesi: crisi del sistema politico e incognite istituzionali*, in forum di DPCE è online, 2017; Id., *La Quinta Repubblica dopo le elezioni: incertezze e interrogativi*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 3/2017.

⁴⁷ Cfr. l’editoriale *Democrazie senza Governo?* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, n. 2, V – XII; la questione è stata poi ripresa anche in MV, *Riflessioni su classificazione e evoluzione delle forme di governo*, in A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, D. Pamelin, *Per un costituzionalismo esigente*, cit., 256 ss.

⁴⁸ Il funzionamento della forma di governo influenzato molto di più dall’appartenenza a ordinamenti sovranazionali (si pensi alla valorizzazione del vertice del potere esecutivo o di alcuni ministeri chiave come quello delle finanze ed economia), dei mercati, della collocazione internazionale, delle banche di rating.

5. La definizione di forma di governo e gli elementi da prendere in considerazione. L'esclusione delle corti di giustizia

Come già ricordato una delle questioni più rilevanti per lo studio e la definizione delle forme di governo sotto il profilo teorico riguarda gli elementi da considerare per il loro carattere essenziale e non accessorio.

La definizione di forma di governo che MV propone poggia su due elementi tra loro collegati: quello del rapporto tra organi costituzionali come disciplinato giuridicamente, e quello della natura politica di tali organi⁴⁹. Anche se, come abbiamo già sostenuto in altra sede⁵⁰, la nostra preferenza va ad una formulazione in parte diversa da questa, che oltre a richiamare la natura politica degli organi da considerare faccia riferimento anche all'attribuzione della titolarità della funzione di indirizzo politico, la definizione di MV è puntuale e da possono essere ricavate delle conseguenze in ordine alla selezione dei soggetti che integrano la relazione suddetta.

Intanto la natura necessariamente politica (*rectius*: titolari della funzione di indirizzo politico) degli organi da considerare, quella che altri hanno definito la “triade del grande potere”⁵¹, porta all'esclusione, pressoché automatica, delle corti di giustizia, sia quelle appartenenti al potere giudiziario, sia le stesse corti costituzionali e le corti supreme che esercitano un potere di *judicial review of legislation*. Per quanto questi soggetti debbano essere considerati a pieno titolo poteri dello stato, la loro esclusione dipende dalla natura non politica dell'attività esercitata; le corti di giustizia sono prive di poteri di iniziativa e difettano di libertà nei fini da perseguire, essendo in ogni caso subordinate alla legge, o ai principi costituzionali (nel caso si tratti di soggetti preposti a svolgere un sindacato di costituzionalità⁵²). Un'attività che si deve poi concretare nell'adozione di provvedimenti corredati di motivazione e per i quali è necessario l'uso di puntuali tecniche giuridiche.

Si tratta di una posizione largamente condivisa dalla dottrina⁵³ e convincente nelle sue conclusioni, per quanto, a nostro avviso, meritevole di

⁴⁹ Una delle definizioni più frequentemente utilizzate di forma di governo, richiama l'insieme delle regole giuridiche «che caratterizzano la distribuzione del potere politico tra gli organi costituzionali» o «le regole che disciplinano i rapporti fra i poteri e organi costituzionali titolari di attribuzioni decisionali di natura politica».

⁵⁰ R. Tarchi, *Riflessioni sulle forme di governo*, cit. 238; la forma di governo, quindi, esprime i rapporti tra gli organi di vertice dello stato-persona in ordine al potere di determinazione dell'indirizzo politico generale. L'espresso richiamo all'esercizio della funzione di indirizzo politico (in modo distinto da quella dell'attribuzione di potere politico), inteso come il complesso delle scelte fondamentali cui in un certo momento deve uniformarsi l'azione dello stato e, almeno in una certa misura, anche quella dei cittadini, non ricorre con particolare frequenza nelle definizioni di forme di governo più comunemente utilizzate (tra gli autori che la utilizzano, A. Pizzorusso, *Sistemi*, cit., 184; T. Martines, *Diritto costituzionale*, XIII ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano 2013, 162). Per un confronto tra le diverse definizioni utilizzate v. ora A. Morelli, *Comparazione e ipotesi scientifiche*, cit. 12 ss.

⁵¹ La formula è ripresa da A. Di Giovine, *Le forme di governo*, cit., 835.

⁵² M. Volpi, *Il metodo*, cit., 135.

⁵³ Tra i primi ad occuparsene, G. U. Rescigno, cit., n. 4.4; di recente M. Luciani, *Governo (forme di)*, cit., 570.

approfondimento. Avendo già trattato della questione in altra sede⁵⁴, ci limitiamo qui a poche osservazioni. Da oltre mezzo secolo, infatti, le corti di giustizia e, ancora di più, i tribunali costituzionali, hanno assunto un ruolo di grande rilievo, con accenti e declinazioni assai differenziate, in ragione dell'influenza esercitata per ciascun Paese dalla tradizione e dalla cultura giuridico-politica di riferimento; non solo, tale funzione ha ormai acquisito un elevato tasso di politicità, con decisioni che, pur dovendo rispettare parametri giuridici pre-definiti, spesso acquistano una forte valenza politica, operando anche una mediazione tra i diversi e molteplici interessi in gioco, talora esercitando anche una funzione di supplenza del decisore politico, incapace di affrontare molte delle questioni dilemmatiche, che richiedono un bilanciamento proporzionato ed efficace tra principi o interessi in contrasto tra loro⁵⁵. Credo sia ancora valida la posizione di chi ha riconosciuto, ormai molti anni fa, come almeno la giustizia costituzionale costituisca un «punto di snodo flessibile tra sfera politica e sfera giudiziaria, che non si esaurisce in uno solo dei due campi, ma partecipa di entrambi, secondo tempi e modi che risentono dell'andamento complessivo del sistema politico»⁵⁶.

L'attività delle corti, quindi, non ha un carattere passivo e finisce per condizionare l'indirizzo politico generale, così da esercitare, in ragione dei vincoli derivanti dall'interpretazione costituzionale, un'influenza diretta sulle dinamiche delle forme di governo e sui contenuti della stessa attività legislativa.

Quanto appena sostenuto, non ci sembra, tuttavia, sufficiente a considerare il potere giudiziario (e la stessa giurisdizione costituzionale) un elemento costitutivo della forma di governo; al contrario, ci sembrano rafforzate le ragioni per confermare la loro esclusione, ovvero per ribadire, che, semmai, l'influenza di cui abbiamo parlato si limita al piano del funzionamento, non incidendo su quello della struttura stessa della forma di

⁵⁴ Anche per questo ci sia consentito rinviare a R. Tarchi, *La classificazione*, cit. 91 ss., ove già si poneva il problema della difficile posizione del potere giudiziario rispetto alla forma di governo; v. ora *Id.*, Di Giovine

⁵⁵ Come ci insegna la lunga esperienza della Corte suprema degli Stati Uniti, qui si pone un altro problema che incide sulla stessa legittimazione delle corti, che viene rafforzata (o limitata) sulla base del consenso (o del dissenso) diffuso provocati dall'attività effettivamente svolta e dalla capacità di rispondere ed offrire una soluzione adeguata ai problemi affrontati.

⁵⁶ Così, P. Caretti, E. Cheli, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1984, 17; cfr. A. Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, V, 117; E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1999.

Allo stesso modo, credo possano essere generalizzate alcune affermazioni più di recente rivolte, principalmente, alla giustizia costituzionale italiana; affermazioni secondo cui essa è rivolta «a garantire soprattutto i metodi e gli strumenti attraverso i quali variamente si affermano, nella società civile e in quella politica, i nuovi valori o interessi o bisogni, che i legislatori non hanno potuto o saputo tutelare adeguatamente» e che appartengono alla dimensione costituzionale «vivente», nella trama dei principi e delle regole condivisi; così, da cogliere nelle dinamiche, in senso lato, «pubbliche». P. Grossi, *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali (§ 6)

governo⁵⁷, essendo precluso alle corti di agire e decidere sulla base di apprezzamenti e logiche di natura politica. Inoltre, parlare di influenza sull'indirizzo politico, non equivale a determinazione dello stesso; l'attività di interpretazione costituzionale non elimina la discrezionalità politica di cui sono titolari i poteri rappresentativi, cui compete, in ultima istanza stabilire e precisare le finalità generali che l'attività di governo intende perseguire in un determinato periodo, purché si rimanga all'interno della cornice prefissata dai principi costituzionali, anche limitando, correggendo ed integrando le conclusioni cui la giurisprudenza è pervenuta⁵⁸.

Il *proprium* della democrazia costituzionale, come sistema complessivo di governo di una determinata comunità, va individuato nella necessaria compresenza di due pilastri; il primo è formato dall'insieme degli organi costituzionali d'investitura democratica e politicamente responsabili, cui sono affidate le scelte di natura politica, normalmente adottate applicando il principio di maggioranza; il secondo è costituito dalle cosiddette istituzioni di garanzia, tra le quali spiccano proprio le corti di giustizia, preposte a garantire il rispetto dei diritti dei singoli e delle minoranze, nonché, in ultima analisi, il rispetto delle regole di decisione (precostituite ed indisponibili, se non previamente modificate con procedure particolari) che le stesse maggioranze politiche devono rispettare. Questi due canali, strutturalmente e funzionalmente separati, anche a tutela della loro reciproca indipendenza, interagiscono necessariamente tra di loro, dovendo coordinarsi in un processo di cooperazione continua, innescando un rapporto dialettico che coinvolge istanze di decisione e istanze di controllo, secondo un gioco di pesi e contrappesi che caratterizza e rafforza in modo inconfondibile il pluralismo istituzionale su cui si reggono le democrazie costituzionali consolidate.

Questo modello può certo essere rappresentato riprendendo la classica dicotomia tra organi dello Stato-persona e soggetti appartenenti allo Stato-comunità, includendo tra i primi quelli che sono espressione del circuito democratico in senso stretto, tra i secondi i giudici (*in primis* quelli costituzionali), che apparterrebbero, quindi alla Repubblica, agendo al di là, e al di fuori, delle dinamiche politiche di schieramento affidate nel disegno (e, a lungo, anche nell'esperienza) costituzionale alle forze *lato sensu* politiche e specificamente ai partiti, anche per convogliare nell'alveo della legislazione istanze non rappresentate o inesprese⁵⁹.

AmMESSO e non concesso che si voglia accedere a questa distinzione, comunque meritevole di essere considerata, per tornare al tema di cui ci stiamo occupando, si potrebbe ribadire che la forma di governo include nella sua

⁵⁷ Ancora M. Luciani, op. loc. cit., 570.

⁵⁸ Per citare un esempio recente, ci pare esemplare, per l'Italia il caso dell'ILVA, nel quale provvedimenti amministrativi, decisioni delle corti ordinarie e amministrative, scelte politico-legislative, interventi del Giudice delle leggi si sono succeduti ed accavallati tra loro, rimanendo tuttavia al decisore politico l'onere di determinare l'orientamento generale da seguire.

⁵⁹ Seguendo, ancora, la linea di pensiero di P. Grossi, op. loc. cit.

griglia analitica i soli soggetti che integrano lo Stato-persona strettamente inteso, ovvero solo gli organi di natura politica, mentre il potere giudiziario viene in rilievo su un piano più elevato e deve essere considerato come un elemento necessario e caratterizzante della forma di Stato complessivamente considerata (e non solo della democrazia costituzionale, ma di qualsiasi forma di Stato, che muta anche per il ruolo che viene riconosciuto alle corti di giustizia, a garanzia dei principi della *rule of law*).

Ci pare questa una precisazione necessaria, che conferma come questo punto di vista confermi come la forma di governo esprima una descrizione solo parziale degli assetti di potere complessivamente considerati, rispetto ai quali appare invece decisiva la connotazione della forma di Stato nella sua complessità⁶⁰.

5.1 Segue: Forma di governo, popolo, corpo elettorale, istituti di democrazia diretta e formule elettorali

Ritornando alla definizione di forma di governo utilizzata da MV, il riferimento esclusivo agli organi costituzionali, piuttosto che ai poteri dello Stato, restringe ulteriormente l'ambito soggettivo ai soli componenti che integrano lo Stato-persona: le assemblee parlamentari, il governo, il Capo dello Stato (nei sistemi in cui esiste come figura autonoma e necessaria)⁶¹.

Ne consegue che, diversamente da quanto prospettato da altri⁶², MV ritiene che il popolo non possa essere considerato un elemento costitutivo dello Stato, quanto, piuttosto, il fondamento di ogni potere costituzionale. Ne consegue che anche il corpo elettorale, in quanto organo del popolo e non dello Stato, deve essere escluso dalla conformazione della forma di governo, non decidendo sulla natura giuridica dei rapporti tra organi costituzionali, che sono prestabiliti dalla Costituzione⁶³.

Conveniamo con questa impostazione; la forma di governo offre una chiave di lettura limitata alla sola prospettiva dello Stato-persona, del quale mette a fuoco e valuta la struttura e le relazioni interne agli apparati di governo; diversamente la forma di Stato ha come oggetto la dimensione più ampia dello Stato-comunità⁶⁴, comprensivo anche dell'elemento popolare

⁶⁰ Anche su questo punto ci sia consentito rinviare a R. Tarchi, *La classificazione*, cit., 100; a parziale correzione di quanto allora sostenuto riteniamo, tuttavia, che la distinzione tra forma di Stato e forma di governo e tra i rispettivi piani d'indagine, debba essere mantenuta e non soltanto per ragioni di natura didattica e per l'importanza della distinzione stessa per finalità descrittive e di conoscenza. La costruzione dei diversi modelli esistenti consente di valutare meglio le dinamiche delle esperienze reali e di considerarne il rendimento, oltre che di far valere quei limiti giuridicamente prescrittivi che definiscono i modelli considerati.

⁶¹ Un dubbio che si manifesta in proposito è quello della possibilità di considerare tra questi soggetti anche le monarchie, che sono state ormai private di poteri politici e confinate in ruolo prettamente simbolico; Cfr. MV, *Il metodo*, cit. 134.

⁶² M. Luciani, voce *Governo*, cit., 572.

⁶³ MV, *Il metodo*, 137.

⁶⁴ L'accostamento delle nozioni di Stato-apparato e di Stato-comunità, rispettivamente a quelle di forma di governo e forma di Stato è risalente; v., per tutti, L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., 23.

che, nei regimi democratici, è titolare di una sovranità non assoluta ma esercitabile nei limiti posti dalle previsioni costituzionali ed esercita una funzione legittimante dello Stato-apparato e dei poteri di governo. Il collegamento tra i due piani si rinviene in quello che una formula felice coniata parecchi anni addietro, ha definito il circuito democratico⁶⁵, che riserva al popolo-corpo elettorale la funzione primaria di investire controllare periodicamente l'azione di almeno alcune delle componenti dell'apparato di governo statale.

Neppure gli istituti di democrazia diretta (referendum e poteri di iniziativa popolari) meritano una considerazione su questo piano, considerato il loro carattere eccezionale e potendo operare solo come dei correttivi del funzionamento degli istituti di democrazia rappresentativa. È un tema, questo, di particolare complessità, da non poter essere affrontato in poche battute; è certamente vero che, astraendosi dalle peculiarità del sistema italiano, le regolarità offerte dall'analisi comparata (ad esclusione della sola Svizzera) conferma l'eccezionalità degli strumenti di democrazia diretta nei sistemi costituzionali contemporanei, che sono previsti (non sempre in via generale, ma attivati solo per intervenire su questioni ad *hoc*⁶⁶) e utilizzati per assumere decisioni di particolare rilievo, come avviene per la revisione costituzionale o per adottare scelte di carattere costitutivo.

Coerentemente con questa impostazione, neppure i sistemi elettorali, per MV, concorrono a definire la forma di governo, per quanto si tratti di materia oggetto di disciplina giuridica di rilievo (talora anche formalmente per almeno alcuni dei profili principali) costituzionale, anche in questo caso per la ragione che neppure le regole elettorali distribuiscono i poteri politici, né definiscono i rapporti tra gli organi di vertice dello stato⁶⁷.

Precisando che si deve essere mantenuta la distinzione tra regole riferite all'elezione popolare di organi collegiali piuttosto che monocratici (in questo secondo caso il collegamento con la forma di governo è più evidente, in quanto l'elezione diretta di un Presidente della Repubblica o di un Primo Ministro oltre a diventare una fonte legittimante per l'attribuzione di poteri politici può diventare un elemento strutturante del sistema), anche in questo caso la posizione di MV appare condivisibile. Le formule elettorali assumono certamente un grande rilievo, in alcune circostanze decisivo, per la selezione del personale politico e per indirizzare politicamente l'attività degli organi costituzionali, oltre che conformare i sistemi di partito, ma si tratta sempre

⁶⁵ Da C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Torino, 1982, 608-609.

⁶⁶ Come dimostra l'esperienza britannica, nella quale singoli atti legislativi hanno convocato consultazioni referendarie per decidere questioni di alto profilo politico, come quelle relative all'ingresso ed all'uscita del Regno Unito dall'U.E. o che hanno riguardano la questione scozzese. La Corte suprema del Regno Unito ha avuto comunque modo di chiarire che i referendum indetti non possedevano un valore costitutivo, ma solo di indirizzo politico; il principio della sovranità parlamentare obbliga comunque a decisioni da assumere mediante atti legislativi (sent. 24 gennaio 2017, conosciuta come *Miller I*); cfr. G. Caravale, *Sovranità parlamentare vs sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "The Constitutional Case of the Century"*, in *Nomos*, n. 3/2016.

⁶⁷ MV, op. loc. cit.

di un'influenza sulla dinamica delle forme di governo, sulle modalità del loro funzionamento in concreto⁶⁸; ciò senza peraltro che sia garantita una modalità di funzionamento unica, come dimostrano proprio le vicende di tutte le democrazie contemporanee che, storicamente, hanno registrato l'avvicinarsi di dinamiche e rendimenti diversi tra loro, pur nell'invarianza delle regole elettorali⁶⁹, senza che questo determinasse un'alterazione della forma di governo nella sua consistenza strutturale.

Tale questione va ben oltre il piano teorico e trova delle implicazioni pratiche di grande rilievo, potendosi osservare come il risultato delle elezioni non sia sempre decisivo per la determinazione dei rapporti di forza tra parlamento e governo e che, almeno nei sistemi parlamentari, non è accettabile la presunzione che afferma che il vincitore deve emergere la sera del voto; quello dell'investitura diretta del governo non è un requisito necessario, in quanto giuridicamente non previsto. Questo porta al rigetto delle tesi che, anche recentemente, hanno affermato l'esistenza di un ruolo del corpo elettorale nella scelta del governo, distinguendo tra forme di governo a legittimazione diretta e indiretta⁷⁰ e giudicano positivamente le prime, in maniera negativa le seconde.

Questa distinzione tra una forma di governo buona ed una meno buona (o cattiva), per richiamare la terminologia aristotelica, considera le forme di governo a legittimazione indiretta come residuali, mentre la loro valutazione negativa viene fatta dipendere da un asserito contrasto con lo stesso principio democratico, in quanto si determinerebbe un sacrificio della volontà popolare sull'altare di accordi tra oligarchie di partito, con l'attribuzione di un potere eccessivo all'organo parlamentare. MV rileva come questa impostazione sia ispirata da una forte connotazione ideologica, in quanto pone al centro della forma di governo il potere esecutivo e considera la sua elezione popolare, di diritto e di fatto, come il solo ed autentico invero del principio della sovranità popolare. A questo proposito già Leopoldo Elia aveva evidenziato la distinzione tra democrazia

⁶⁸ Anche A. Di Giovine, *Le forme di governo*, cit., 77, mantiene correttamente separati i piani della forma di governo, quello delle regole elettorali e quello del sistema politico, rilevando la forte interazione soprattutto con quest'ultimo, per le dinamiche che possono essere attivate. La relazione è però reciproca, anche i caratteri del sistema politico possono indirizzare il rendimento delle formule elettorali (l'esperienza italiana dopo il 1993 ci pare illuminante).

⁶⁹ Per meglio chiarire questo profilo si potrebbero ricordare una molteplicità di esempi concreti riferiti ricavabili da quasi tutte le esperienze costituzionali; per limitarci ad un caso recente si pensi all'evoluzione delle dinamiche della forma di governo spagnola, transitata da un sistema sostanzialmente bipartitico in grado di esprimere maggioranze e governi monopartitici e di realizzare forme di alternanza, ad un sistema multipartitico, con governi di coalizione e minoritari. Questo non ha modificato la forma di governo, che resta sempre una monarchia parlamentare, anzi sono le regole imposte da questo modello a costringere i soggetti politici ad assumere determinate decisioni per consentire comunque un funzionamento regolare del sistema costituzionale. Su questo cfr. MV, *Alla ricerca della stabilità perduta*, cit., V.; Id., *Il ruolo del parlamento nei sistemi parlamentari*, cit., 61.

⁷⁰ Cfr. T.E. Frosini, *Forme di governo e partecipazione popolare*, Torino, II ed., 2006, 3 ss., sulla scia del pensiero di Duverger e della sua distinzione tra democrazie immediate e democrazie mediate. Cfr. MV, *Il metodo*, cit., 146.

di investitura e democrazia di operazione, osservando, a proposito delle dinamiche della forma di governo britannica, come il bipartitismo e il modello Westminster fossero in grado sia di garantire la prima forma (in grado elevato, con la scelta del legislativo e del vertice del potere esecutivo), sia la seconda, così da permettere una gestione in corso di opera in grado di affrontare e superare i possibili cambiamenti del quadro politico sottostante⁷¹.

Ai rilievi critici di MV, che ricorda come non si possa assolutizzare il principio della sovranità popolare, essendo questo, almeno nelle democrazie costituzionali contemporanee, subordinato e disciplinato dalla costituzione che lo pone peraltro, in concorrenza con altri (aggiungiamo noi: a partire da quello della *rule of law*), possiamo inoltre considerare che, almeno sul piano giuridico, a questa classificazione binaria può essere riconosciuto solo un valore descrittivo e può essere tracciata esclusivamente all'interno dei sistemi parlamentari. Non è ammissibile, invece, che si possa ipotizzare un superamento della stessa distinzione tra forme parlamentari, presidenziali o di altro genere, proprio perché questi modelli sono conformati da regole giuridiche (come tali prescrittive) e, come tali, sono irriducibili.

Certamente, nei sistemi parlamentari, i passaggi elettorali, anche quando riescono a fornire una legittimazione diretta, non “scelgono” ma si limitano ad “indicare” il leader del partito che è in grado guidare il governo; una conseguenza, tuttavia, che dipende anche dagli assetti partitici e dalle convezioni esistenti; non solo, quel Primo Ministro indicato dalla maggioranza degli elettori, potrà perdere la *leadership* in corso di mandato ed essere sostituito da un altro esponente dello stesso partito, così come, durante la legislatura, si potranno formare governi espressione di maggioranze politiche diverse da quella iniziale. Si tratta di osservazione risultante dall'analisi delle prassi che sono consumate nella gran parte delle esperienze di governo parlamentare (ad iniziare dal prototipo britannico⁷²), che confermano come non si possa affermare l'esistenza di una doppia relazione fiduciaria tra governo e corpo elettorale che si sovrapponga all'unica realmente esistente, quella tra governo e Parlamento. Per sostenere il contrario le regole costituzionali dovrebbero prevedere uno scioglimento automatico delle assemblee parlamentari a seguito del venir meno della maggioranza elettorale, una regola, tuttavia, che nessun sistema

⁷¹ L. Elia, voce *Governo (forme di)*, cit., 650.

⁷² Nel caso inglese, poi, nel corso di questo secolo si sono alternati primi ministri a guida di governi maggioritari e monopartitici, ovvero di coalizione (gabinetti Cameron dal 2010 al 2016 e May dal 2017 al 2019), ovvero di minoranza (gabinetto May dal 2016 al 2017); così come si sono registrati avvicendamenti del primo ministro in corso di legislatura (il passaggio da May a Johnson nel 2019, per decisione del partito conservatore, come già era avvenuto nel 1990 per M. Thatcher e nel 2007 da Blair a Brown per decisione del partito laburista). Vicende che confermano come nella forma di governo parlamentare più antica il sovrano resta il parlamento (ovvero i partiti che lo compongono) e non il popolo e che il pregio maggiore di questa forma di governo riposa sulla sua flessibilità. Cfr., ancora, MV, *Alla ricerca della stabilità perduta*, VI; Id., *Il ruolo del parlamento nei sistemi parlamentari*, cit., 58.

parlamentare ha finora adottato e che è stato finora solo un elemento caratterizzante del modello neo-parlamentare, che si dimostrato inapplicabile (Israele *docet*) per la sua rigidità.

Diversamente, la forma di governo parlamentare si distingue dalle altre per il suo carattere flessibile, ovvero, sulla sua capacità di adattamento alle circostanze che la contingenza si trova a dover gestire e a fronteggiare eventuali mutamenti degli equilibri politici anche in corso di legislatura, anche a prezzo di una minore stabilità delle istituzioni governative. Questa flessibilità, che rende il sistema parlamentare capace di adattarsi e di modellarsi attorno a situazioni diverse, potendo esprimersi di volta in volta, in una pluralità di forme tra loro dissimili, costituisce, il nostro avviso un pregio e non un difetto del parlamentarismo, sia nella versione classica che in quella razionalizzata.

6. I criteri di classificazione

Procedendo poi all'elaborazione di una possibile tassonomia, MV si pone in una prospettiva sincronica; ciò che porta a considerare ormai superate alcune delle proposte classificatorie ereditate dal passato⁷³ in alcuni casi troppo semplici e non più idonee a ricomprendere la complessità contemporanea che ci propone forme di governo a carattere misto ed ad escludere dall'analisi le forme di governo storiche, quali il parlamentarismo dualista che ha caratterizzato lo Stato liberale classico ed appare ormai superata dalla storia.

Per la verità la forma di governo appena richiamata, così come quella della monarchia costituzionale, non può essere del tutto considerata, anche limitando l'attenzione al solo contesto europeo, come un'esperienza appartenente soltanto al passato. E quanto emerge dallo studio dei cosiddetti microstati⁷⁴, espressione che connota una categoria non giuridica ma simbolicamente descrittiva di realtà statuali particolari, che, almeno in alcuni casi, hanno mantenuto nel presente le loro radici storiche, con una limitata evoluzione che ne ha impedito la trasformazione in sistemi parlamentari monisti. Il riferimento riguarda non tanto il Principato di Andorra, nel quale nonostante le peculiarità che riguardano l'organo Capo dello Stato, la forma di governo parlamentare ha preso definitivamente piede con la Costituzione del 1993, che ha introdotto il principio della divisione dei poteri e la relazione fiduciaria; né, la Repubblica di San Marino, la cui forma di governo è indefinibile sulla base dei parametri normalmente utilizzati e sulla quale non ci soffermiamo qui. Diversamente, il Principato di Monaco può essere ancora qualificato come una monarchia costituzionale pura anche dopo la revisione costituzionale del 2002, per il ruolo politico e di governo ancora riconosciuto

⁷³ (Contrapposizione parlamentarismo e presidenzialismo, le tesi basati sulla separazione dei poteri. Sull'individuazione dell'organo competente a tracciare l'indirizzo politico generale. Sulla visione monista o dualista del sistema francese, Biscaretti, Pinelli XXXX).

⁷⁴ Se ne occupa ampiamente E. Bertolini, *I micro stati. La sfida della micro dimensione e le sue ricadute costituzionali*, Bologna, 2019.

al Principe, titolare del potere di scioglimento del parlamento monocamerale e la mancata previsione di una responsabilità politica del potere esecutivo di fronte al *Conseil National*, che ha il potere di nomina di solo tre dei sette componenti del *Conseil de la Couronne*, mentre la componente maggioritaria dell'organo è rimessa ad una scelta diretta del Principe.

Al Principato del Liechtenstein va invece riconosciuto il carattere di monarchia dualista, a seguito della pur incisiva riforma costituzionale del 2003⁷⁵, che ha profondamente modificato il testo originario della Costituzione del 1921; per effetto di questa ultima revisione, è stato introdotto il principio della responsabilità politica del gabinetto nei confronti della Dieta monocamerale, ma si è comunque confermata in capo al Principe (che risulta titolare, insieme al popolo, della sovranità) la condivisione dei poteri di indirizzo politico e di governo, tra i quali il potere di sanzione sulle leggi e di scioglimento del *Landtag*.

Si può certo discutere in ordine alla reale consistenza del principio democratico per queste due antiche monarchie, così come possiamo argomentare in ordine al loro scarso rilievo, tenuto conto del fattore dimensionale. Questo non esclude che la loro presenza ponga questioni di rilievo teorico di un certo spessore, meritevoli di un breve richiamo, e forse, di un approfondimento maggiore.

Quanto ai criteri da utilizzare per distinguere i diversi modelli, MV ne propone due, in combinazione tra loro; il primo consiste nell'esistenza o meno del rapporto fiduciario tra parlamento e governo⁷⁶; questo primo elemento viene però ritenuto insufficiente, in quanto inidoneo, se applicato isolatamente, ad operare come un discrimine per la catalogazione delle forme miste, caratterizzate da una pluralità di elementi ripresi sia dal parlamentarismo (come la relazione fiduciaria) che dal presidenzialismo (quali l'elezione diretta del Capo dello Stato o del Primo Ministro). Diventa quindi necessario introdurre un secondo elemento, definito come criterio integratore, che consiste nella derivazione del governo, distinguendosi l'ipotesi in cui questo sia una emanazione permanente del parlamento, oppure dipenda dall'organo posto al vertice del potere esecutivo⁷⁷.

Questa conclusione porta MV a discutere e rigettare alcuni di altri criteri proposti in dottrina, quali quello del numero degli organi eletti a suffragio universale e, quindi, provvisti di una pari legittimazione popolare e l'attivazione di un doppio circuito democratico; ciò che porterebbe a

⁷⁵ Cfr. A. Carrino (a cura di), *La Costituzione del Liechtenstein*, Napoli, 2007; Id. (a cura di), *Stato di diritto e democrazia nella Costituzione del Liechtenstein*, Torino, 2008.

⁷⁶ Va precisato anche cosa si intende per rapporto fiduciario, che è disciplinato in modo assai diverso dai vari testi costituzionali (fiducia presunta, assenza di fiducia iniziale, investitura del governo, elezione e conseguente responsabilità del solo Primo Ministro); quello che conta il principio della responsabilità politica del vertice del potere esecutivo, piuttosto che del governo nella sua collegialità: le regole per farla valere sono diverse, ma in tutti casi il minimo comune denominatore è costituito dall'obbligo di dimissioni del capo del governo nel momento in cui viene meno il sostegno parlamentare.

⁷⁷ L. Primicerio, *Forma di governo parlamentare e modelli di democrazia rappresentativa*, Torino, 2002, 36 ss.

distinguere tra forme di governo monistiche (con elezione di un solo organo costituzionale come avviene nei sistemi parlamentari e in quelli direttoriali) e dualistiche (caratterizzate dall'elezione diretta di due organi di vertice, come nei regimi presidenziali, semipresidenziali e semiparlamentari)⁷⁸. Allo stesso modo non viene accolta l'ulteriore tesi che combina il criterio della legittimazione degli organi titolari dell'indirizzo politico con quello della relazione tra essi intercorrente, che porta la configurazione di quattro ipotesi: monista-parlamentare, monista-direttoriale, dualista-presidenziale, dualista parlamentare⁷⁹.

Anche a noi, quelle sinteticamente descritte paiono ricostruzioni relativamente utili e poco condivisibili sotto il profilo teorico; riguardo alla prima l'alternativa tra monismo e dualismo si configura come una modalità di funzionamento della forma di governo e di esercizio della funzione di indirizzo politico, mentre se limitata al piano strutturale non consente di distinguere in maniera efficace, ad esempio, tra sistemi semipresidenziali e sistemi parlamentari nei quali è prevista l'elezione diretta del Capo dello Stato, cui però non sono attribuite prerogative di governo. La seconda tesi, ci appare troppo complessa e di non immediata percezione, oltre a non fare emergere le peculiarità del semipresidenzialismo, che sono, nostro avviso particolarmente rilevanti.

Per la verità, come cercheremo di verificare più avanti, le modalità di elezione del Capo dello Stato (diretta o indiretta) non rappresenta un elemento trascurabile, risultando potenzialmente in grado di contribuire alla catalogazione di una determinata esperienza all'interno di un modello piuttosto che di un altro (si pensi alla definizione della forma di governo di paesi quali Austria, Irlanda, Islanda ed altri con simili caratteristiche strutturali).

7. Tipi e sotto-tipi di forme di governo

Come abbiamo già rilevato, la tassonomia di MV si pone un una dimensione solo sincronica, con l'ulteriore carattere del suo valore *rebus sic stantibus*, ovvero corrispondente al momento storico in cui viene elaborata, con la possibilità che si rendano necessarie verifiche successive ed eventuali revisioni, nel caso in cui i dati empirici dovessero rilevare delle variazioni significative.

Si propende quindi per uno schema integrato da cinque diversi tipi, richiamati seguendo l'ordine cronologico della loro comparsa. *In primis* la forma di governo parlamentare, nella quale il governo deriva dal Parlamento nei cui confronti, a sua volta, è politicamente responsabile (sulla base della necessaria relazione fiduciaria che deve sussistere), mentre il Capo dello Stato non partecipa alla determinazione dell'indirizzo politico.

⁷⁸ È la tesi di L. Primicerio, *La forma di governo semiparlamentare. Aspetti teorici e realizzazioni pratiche*, Torino, 2007, 103 ss.

⁷⁹ Si tratta della ricostruzione operata da C. Pinelli, cit., 150 ss.

La forma presidenziale si caratterizza, invece, per l'assenza di un rapporto di fiducia, con il potere esecutivo affidato ad un presidente eletto dal popolo, che non dispone del potere di scioglimento delle camere.

Nella forma direttoriale i membri del governo sono eletti dal Parlamento, ma non sono responsabili di fronte ad esso, che non può essere sciolto anticipatamente.

Nella forma di governo semipresidenziale il governo politicamente responsabile di fronte al parlamento, ma a seconda dei rapporti che si determinano fra presidente e parlamento, entrambi eletti a suffragio universale, può derivare dal primo piuttosto dal secondo, assumendo, così, un carattere bi-virtuale

Infine, nella forma semi-parlamentare, alla necessaria sussistenza di un rapporto fiduciario che lega il governo al parlamento, si abbina l'elezione a suffragio universale del Primo Ministro contestuale ma separata rispetto a quella del Parlamento, con l'ulteriore regola *aut simul stabunt aut simul cadent*, che lega indissolubilmente le sorti dei due organi in caso di crisi politica.

Di fatto, dei cinque tipi elencati, soltanto tre meritano un'analisi più approfondita; il semi-parlamentarismo è ormai una categoria vuota, non esistendo esperienze attuali riconducibili ad esso, dopo la fugace comparsa nello Stato di Israele ove ha operato per un decennio (1992-2001) e due sole legislature, per poi essere definitivamente accantonata (questo rilievo dovrebbe portare ad una revisione della tassonomia stessa, risultando, ormai quella del semi-parlamentarismo una categoria di rilievo ormai solo storico e teorico).

La stessa forma di governo direttoriale, per quanto meritevole di considerazione per l'analisi comparata, presenta ormai un'importanza relativa, per l'unicità dell'esperienza (anch'essa storicamente peculiare) che ancora la utilizza; in questo caso modello ed esperienza finiscono per sovrapporsi in maniera inequivocabile.

Come anticipato la proposta tassonomica elaborata da MV assume una consistenza di doppio livello; ciascuno dei cinque tipi enucleati sulla base della considerazione di elementi di natura esclusivamente giuridica esprime modalità di funzionamento diverse tra loro, in funzione dei caratteri del sistema dei partiti e, più in generale, delle dinamiche politiche, che sono, ovviamente mutevoli anche con una certa rapidità. Ne consegue, allora, che il valore di ciascuno dei sotto-tipi che è possibile ricostruire è ancora più *rebus sic stantibus* e che la loro considerazione è funzionale soltanto a finalità descrittive, basandosi sull'osservazione di fatti e dinamiche non giuridicizzabili.

Lo schema proposto si fa apprezzare per la sua semplicità rispetto ad altri, più elaborati. Limitando i riferimenti ai modelli di forma di governo più diffusi, per quella presidenziale vengono contrapposte le dinamiche di funzionamento a prevalenza del congresso (c.d. *Congressional Government*), rispetto a quelle a prevalenza presidenziale (c.d. *Presidential Government*), non trascurando il richiamo del fenomeno, ormai piuttosto ricorrente delle situazioni di governo diviso.

All'interno della forma di governo parlamentare l'alternativa proposta è quella tra dinamiche maggioritarie e non maggioritarie, mentre per quella semipresidenziale la situazione presenta una maggiore complessità, potendosi realizzare forme di semipresidenzialismo apparente, piuttosto che di sistemi a diarchia variabile (c.d. semipresidenzialismo bilanciato), piuttosto che di semipresidenzialismi egemonico, che esaltano il ruolo e la funzione di indirizzo politico del Capo dello Stato.

Un'osservazione di metodo ci pare doverosa; l'elaborazione di questi sotto-tipi non indulge tanto nella ricostruzione delle caratteristiche dei sistemi politici, né nell'analisi delle convenzioni stipulate per agevolare il funzionamento delle dinamiche istituzionali (come, ad esempio, nell'impostazione di Elia), quanto sugli effetti che tali elementi possono determinare sulle dinamiche stesse; altrimenti detto: MV ragiona in termini del risultato finale che può essere conseguito.

Non è qui possibile discutere tutti i profili richiamati, riteniamo utile concentrare la nostra attenzione soltanto su alcune questioni relative alle forme di governo parlamentare, presidenziale e semipresidenziale che riteniamo di maggiore rilievo o che sono state meno trattate, rispetto ad altre dalla dottrina italiana. Con un'avvertenza che riprendiamo proprio da MV: le soluzioni che ciascun ordinamento adotta in punto di forma di governo non sono e non possono essere giustificate in nome di astratta ingegneria costituzionale, ma coinvolgono scelte e di valore e di modello che devono risultare coerenti ed adeguate al contesto sociale e politico di riferimento⁸⁰.

8. Brevi riflessioni sulla forma di governo parlamentare: elementi essenziali e tipologie in relazione alla figura del Capo dello Stato

Nella prospettiva dello studioso italiano, la forma di governo parlamentare è decisamente quella che suscita l'interesse maggiore, anche per il diretto confronto tra la nostra esperienza e quelle delle altre grandi democrazie europee, soprattutto in relazione alle molteplici e mutevoli dinamiche di funzionamento che sembrano essersi accentuate nell'ultimo periodo. MV è tornato di recente su questo argomento, con un'importante relazione presentata ad un convegno associativo di DPCE con un'attenzione rivolta Regno Unito, Germania, Italia e Spagna, considerate quali esempi paradigmatici⁸¹. Per quanto le esperienze prese in considerazione abbiano seguito percorsi storici differenziati ed abbiano consolidato modelli di parlamentarismo tra loro non coincidenti, se non, talora, opposti (basti ricordare la classica contrapposizione tra democrazie a vocazione maggioritaria e democrazie consensuali), nel corso degli ultimi decenni è stato possibile rilevare un dato comune e trasversale a tutte; quello di una progressiva crisi dei Parlamenti (che hanno perduto la loro "centralità" anche

⁸⁰ MV, *Libertà e autorità*, cit. 13.

⁸¹ MV., *Il ruolo del parlamento nei sistemi parlamentari*, cit., 57.

nei sistemi non maggioritari, come dimostra il caso italiano), a tutto vantaggio del rafforzamento del ruolo dei Governi.

Il potere esecutivo è diventato pressoché ovunque, se pur con modalità diverse, il detentore sostanziale del potere di normazione (vuoi mediante il controllo della maggioranza parlamentare, vuoi, come in Italia e in Spagna, attraverso l'adozione diretta di decreti con forza di legge); al contempo si è assistito ad un indebolimento del potere di indirizzo e controllo politico effettivamente esercitato nei confronti delle compagini ministeriali da parte delle assemblee elettive.

Tuttavia, rispetto a questa situazione storicizzata, nel periodo più recente sono emerse difficoltà di funzionamento della forma di governo parlamentare anche nella sua versione maggioritaria, al punto da mettere in crisi la perdurante validità della modellistica poco sopra richiamata; l'evoluzione dei sistemi politici in atto ha determinato una crisi generalizzata delle formule di governo monopartitiche in regime di alternanza e si è tradotta in un incremento significativo delle difficoltà di formazione dei gabinetti, di una maggiore instabilità ministeriale, di un più frequente ricorso a gabinetti di minoranza, di ripetute crisi di governo, talora indotte da voti negativi di provenienza parlamentare (emblematico il ricorso, per la prima e finora unica volta in Spagna, alla mozione di sfiducia costruttiva, determinante per l'avvicendamento tra il governo Rajoy e il governo Sánchez nel giugno 2018). La stessa tendenza al rafforzamento del vertice monocratico del Governo pare subire una battuta d'arresto, anche per l'avvicendamento più frequente dei titolari della carica (con l'eccezione della Germania).

In generale, "i rapporti tra Parlamento e Governo appaiono oggi più complessi e problematici rispetto al recente passato"; i fenomeni descritti hanno determinato una parziale rivalutazione del ruolo dei Parlamenti, che hanno saputo recuperare nuove forme di controllo e la cui azione ha avuto come effetto quello di un impatto più significativo sulla permanenza in carica dei Governi e sulla determinazione dei processi legislativi. In queste esperienze costituzionali, quindi, il fenomeno dell'emarginazione delle istituzioni parlamentari sembra aver subito una battuta d'arresto, con la ricerca di nuovi equilibri tra potere legislativo ed esecutivo.

L'idea di fondo dell'Autore è che, comunque, permanga la necessità di rafforzare la democrazia parlamentare come condizione indispensabile per garantire la qualità di un'autentica democrazia rappresentativa: la connessione tra parlamento e rappresentanza è indissolubile.

Si tratta di questioni di grande rilievo che meriterebbero una discussione puntuale che riteniamo di non approfondire ulteriormente in questa sede. Con riguardo alla forma di governo parlamentare, prendendo spunto dalle considerazioni che saranno poi sviluppate a proposito della forma di governo semipresidenziale ci limitiamo però a trattare solo alcune questioni di ordine metodologico, in diretta connessione con la catalogazione dei sistemi parlamentari, partendo dai profili definatori e dall'individuazione

degli elementi che consideriamo essenziali per la configurazione di questa forma di governo.

Una parte significativa della dottrina giuridica italiana ha ritenuto che l'unico elemento tipico e «indefettibilmente identificante» di un sistema parlamentare riposi nell'esistenza del rapporto fiduciario tra una o più assemblee legislative ed il potere esecutivo, concepito come un'emanazione permanente del (o degli) organi parlamentari⁸²; anche MV sembra allinearsi a questa ricostruzione. Sicuramente la necessità di un rapporto politico costante tra parlamento e governo, che acquista e mantiene la pienezza dei propri poteri fino al momento in cui perdura il mandato fiduciario⁸³, costituisce il nucleo duro e giuridicamente prescrittivo di questa forma di governo; riteniamo, tuttavia, che non si tratti dell'unico elemento necessario, in quanto ad esso si deve aggiungere l'indispensabile presenza di un terzo organo, un Capo dello Stato, il «terzo lato del triangolo del grande potere»⁸⁴, separato sia dal gabinetto che dalle assemblee parlamentari, titolare di funzioni proprie.

Si tratta di un elemento strutturale ed indefettibile di tutti i sistemi parlamentari sino ad oggi conosciuti, per come si sono storicamente affermati e sono stati giuridicamente organizzati. In altri termini, da sempre le forme di governo parlamentari hanno mantenuto un carattere ternario e non binario (caratteristica, quest'ultima delle forme di governo presidenziali e direttoriali); la distribuzione di due poteri tra tre organi⁸⁵, trova innanzi tutto un

⁸² *Ex multis*: V. Crisafulli, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960, p. 598; T. Martines, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Milano, 1967, 99 ss.; L. Elia, voce *Forma di governo*, cit., 642, che parla del governo come l'organo che deve essere "emanazione, derivazione e partner del Parlamento"; l'affermazione di Elia si ricollega a quella di B. Mirkiné Guetzévitch, *Les Constitutions européennes*, Paris, 1951/1952, trad. it., *Le Costituzioni europee*, Milano, 1954, 23, secondo la quale "l'essenza del parlamentarismo consiste nella prerogativa di cui gode la maggioranza parlamentare di avere il suo ministero"; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, I, p. 403.; A. Di Giovine, *Forme di governo*, cit., 72.

⁸³ Come rileva lo stesso MV discipline differenziate

L'essenza del rapporto di fiducia si esprime nel necessario collegamento politico che lega il governo alla maggioranza parlamentare e che si sostanzia in una forma di responsabilità permanente del primo nei confronti della seconda. In concreto l'istituto fiduciario è disciplinato in una molteplicità di variabili che divergono nelle forme di parlamentarismo classico rispetto a quelle di parlamentarismo razionalizzato e anche all'interno di queste due categorie, sia che si guardi ai soggetti cui viene conferita (vertice del governo o intera compagine ministeriale), sia per le procedure (talora di tipo elettivo), che per il carattere necessariamente espresso, non essendo infrequenti anche forme di fiducia presunta. Quello che conta è non essere sfiduciati, ciò che obbliga alle dimissioni del governo. V., ampiamente, MV, *Libertà e autorità*, 118 ss.

⁸⁴ A. Di Giovine, *Forme di governo*, cit., 72

⁸⁵ La tesi risale a G. Burdeau, *Il regime parlamentare*, cit., 105; in Italia è stata ripresa, tra gli altri, da L. Paladin, *Diritto costituzionale*, 3° ed. Padova, 1998, 64, che confuta in maniera convincente la posizione di L. Elia richiamando l'argomento storico e quello della necessaria esistenza di un soggetto in grado di riavviare il sistema nei momenti di crisi; A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici*, cit. 209, che ricorda come il ruolo del Capo dello Stato sia quello di custode della regolarità delle procedure costituzionali che richiedono un'estraneità rispetto alla funzione di indirizzo politico; successivamente v. anche C. Pinelli, *Forme di stato e forme di governo*, cit., 150, che parla di sistema a tre organi; G. Rolla, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2010, 76 che indica nella responsabilità politica del governo di fronte al

fondamento storico, avendo peraltro segnato l'evoluzione delle monarchie costituzionali pure verso sistemi parlamentari, secondo quanto avvenuto almeno nelle esperienze inglese, francese (già con la costituzione orleanista del 1830 e l'elaborazione da parte di Benjamin Constant della teoria di un *pouvoir neutre et preservateur* distinto da quello ministeriale) ed anche del nord Europa, con processi che hanno mantenuto per lo più una natura convenzionale e solo eccezionalmente sono stati ratificati da revisioni dei testi costituzionali. Nella forma parlamentare di governo, il Capo dello Stato ricopre un ruolo peculiare, distinto da quello degli altri organi costituzionali politici e consistente: in negativo, dalla sua estraneità alla determinazione dell'indirizzo politico ed alle dinamiche della politica politicante, in ragione del carattere monista degli attuali sistemi parlamentari; in positivo, dalla sua configurazione come potere neutro, rappresentante dell'unità nazionale, supremo garante della funzionalità del sistema⁸⁶.

La presenza necessaria di questa istituzione “terza”, può avere delle ripercussioni sulla stessa articolazione di questa forma di governo, se si tiene conto, in primo luogo, della derivazione del Capo dello Stato, nonché dei poteri che in concreto sono riconosciuti a questa figura. Limitando ancora una volta il campo d'indagine alla sola Europa, si registra sia la presenza di monarchie parlamentari⁸⁷, talora espressamente definite come tali dal testo costituzionale⁸⁸, che di repubbliche parlamentari; per queste ultime si deve distinguere, poi, tra Presidenti della Repubblica scelti con un'elezione indiretta di tipo parlamentare⁸⁹ e presidenti eletti invece a suffragio universale⁹⁰.

Questa diversa modalità di investitura deve essere tenuta in considerazione⁹¹, in quanto determina delle conseguenze riguardo alla legittimazione di queste figure e, quindi, sull'entità e l'effettività dei loro poteri d'intermediazione politica, che, sulla base di processi storici plurisecolari che possono essere messi in risalto da forme di comparazione diacronica, non sempre ratificati dai testi delle costituzioni⁹², si riduce in misura rilevante per

parlamento, nell'autonomia del Capo dello Stato come potere distinto da quello esecutivo e nella forte integrazione tra poteri i principi organizzativi del governo parlamentare; volendo, anche R. Tarchi, *La classificazione*, cit., 35.

⁸⁶ In generale, sul ruolo del Capo dello Stato nella prospettiva della comparazione cfr. E. Stradella, *L'elezione del Presidente della Repubblica: spunti dall'Europa, prospettive per l'Italia*, Pisa, 2013.

⁸⁷ Il numero delle monarchie parlamentari europee a carattere monista (sei) non è irrilevante; si tratta di Belgio, Danimarca, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna e Svezia.

⁸⁸ Si veda l'art. 2.3 Cost. spagnola del 1978 che definisce “monarchia parlamentare” la forma politica dello Stato.

⁸⁹ A Italia, Germania, Malta e Grecia si sono poi aggiunte più di recente: Albania, Kosovo, Lettonia e Ungheria, per un totale di otto stati.

⁹⁰ Attualmente si tratta di una quindicina di stati: Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Irlanda, Islanda, Lituania, Macedonia, Montenegro, Repubblica Ceca, Serbia, Slovacchia, Slovenia e, con qualche incertezza derivante dalla difficoltà di una loro collocazione tra i sistemi parlamentari piuttosto che tra quelli semipresidenziali: Austria, Polonia e Croazia.

⁹¹ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici*, cit., 203 ss., continua a distinguere le monarchie e le repubbliche parlamentari.

⁹² In alcuni casi si tratta di costituzioni molto risalenti nel tempo e, quindi obsolete in alcune

i monarchi, che vengono considerati solo dei rappresentanti dell'unità nazionale con il riconoscimento di un ruolo eminentemente simbolico (nel Regno Unito già all'epoca in cui scriveva Bagehot), mentre si rafforza per i presidenti eletti. Questa diversità di situazioni è presa in considerazione anche da MV, che manifesta qualche dubbio sulla presa in considerazione dei Capi di Stato monarchici che svolgono un ruolo di natura simbolica o prevalentemente formale⁹³, diversamente dai Presidenti della Repubblica, i quali, anche quando sono confinati in un ruolo *super partes*, sono titolari di poteri più significativi dei monarchi e si configurano come organi tutt'altro che impolitici, sia per la loro natura rappresentativa derivante dalla legittimazione democratica, sia perché devono avere una interlocuzione costante con gli organi e con i soggetti politici, sia infine per gli effetti "politici" di alcune decisioni, come quelle relative alla formazione del Governo e allo scioglimento anticipato del Parlamento⁹⁴.

Più difficile accertare, invece, se l'elezione a suffragio universale contribuisca in maniera decisiva ad un ulteriore accrescimento del ruolo esercitato; certamente si tratta di una forma di legittimazione più forte, paritaria rispetto a quella delle assemblee parlamentari, che, tuttavia, deve essere bilanciata da altri fattori altrettanto rilevanti quali le prerogative costituzionalmente riconosciute (peraltro talora indeterminate o generiche nei loro contenuti e comunque sempre altamente discrezionali⁹⁵) e il *quantum*

delle loro parti, oggetto, tuttavia di numerose revisioni nel corso del tempo, che, tuttavia, hanno raramente modificato le previsioni relative alla Corona. Premesso che talora questi testi sono attenti a disciplinare le questioni dinastiche (art. 85 Cost. belga, art. 3 Cost. Lussemburghese) e senza pretese di esaustività, l'art. 37 Cost. del Belgio continua ad indicare il Re come titolare del potere esecutivo (come regolato dalla Costituzione), mentre l'art. 33 Cost. del Lussemburgo recita che il solo Granduca esercita il potere esecutivo; l'art. 42.1 mantiene la previsione per cui il governo è formato dal Re e dai ministri (anche se solo questi ultimi sono responsabili). In Norvegia, in base all'art. 12 Cost., il potere esecutivo viene esercitato dal Monarca per mezzo di un consiglio di Stato da lui presieduto e formato da un Primo Ministro e da (almeno) altri sette ministri da lui scelti tra i cittadini norvegesi. È curioso, poi che l'art. 2 Cost. di Danimarca continui a qualificare la forma di governo quale monarchia costituzionale, nonostante la profonda revisione del testo operata nel 1953. In tutti questi casi il monarca continua ad esercitare alcune delle prerogative formali che la Costituzione ancora prevede, quali ricevere le dimissioni di un Governo in carica, nominare il primo ministro e proclamare la formazione di un nuovo Governo, adottare i provvedimenti del Governo nella forma della risoluzione regia, tenere la dichiarazione annuale di apertura del Parlamento, nella quale viene illustrato il programma del Governo e, almeno in alcuni casi, presiedere le riunioni del gabinetto. Diverge da questo modello l'esperienza svedese, nella quale il re, a seguito dell'incisiva riforma della Legge sulla forma di governo (*Regeringsformen*), si è visto privare anche formalmente di tutti i poteri di intermediazione politica, che sono stati trasferiti al Presidente del *Riksdag*; il solo diritto che viene mantenuto è quello di essere informato dal Primo Ministro degli affari del Regno (art. 1, cap. V *Regeringsformen*). Almeno in questo caso si può riconoscere come alla triade del grande potere politico si sia sostituito un binomio costituito dai soli organi politicamente attivi.

⁹³ Anche se in alcuni ordinamenti si ritiene che in situazioni straordinarie possano acquisire una relativa discrezionalità, come nei casi *hung parliament* o di minacce per la tenuta democratica del sistema.

⁹⁴ MV, *Il metodo*, cit., 134-135.

⁹⁵ Si pensi ai principali poteri propri (non soggetti a controfirma) del Presidente federale tedesco ed in particolare quello dello scioglimento anticipato del *Bundestag* per incapacità di formare un governo (art. 64.3 *Grundgesetz*). Secondo quanto è stato riconosciuto dallo stesso

di volontà presidenziale che è consentito per il loro esercizio in concreto⁹⁶, trattandosi, salvo ipotesi eccezionali, di decisioni sempre soggette a controfirma, con un'imputazione della responsabilità delle decisioni stesse sulle compagini ministeriali, che in virtù della loro maggiore o minore forza possono condizionare in maniera determinante non solo le attribuzioni a più alto tasso di politicità (come lo scioglimento delle assemblee parlamentari o la nomina dei membri dell'organo esecutivo, ma gli stessi poteri di garanzia, come la nomina di componenti di organi giudiziari o autorità comunque indipendenti, o poteri di natura diversa come quelli di clemenza). Anche a questo proposito risultano determinanti le convenzioni stipulate dai titolari delle cariche costituzionali, che sono un precipitato delle caratteristiche del sistema politico operante in ciascun contesto, nonché della diversità delle fasi politiche che si succedono, che possono richiedere un maggiore o minore interventismo da parte del Presidente della Repubblica⁹⁷, oltre alla

Tribunale costituzionale (nelle due decisioni del 16 febbraio 1983 e 25 agosto 2005), il Presidente federale dispone di un potere di valutazione discrezionale autonomo, potendo impedire, quando riceve una proposta in tal senso, la dissoluzione dell'assemblea. Nei due casi che si sono presentati (nel 1982 e nel 2005), all'esito di una votazione pilotata su questioni di fiducia proposte dal Cancelliere e respinte, il Presidente ha accettato la proposta governativa nonostante le proteste delle opposizioni, confermando, così la propria estraneità al rapporto maggioranza del *Bundestag*-cancelliere e la materiale impossibilità di una mitigazione delle scelte da questi operate.

⁹⁶ Ciò che consente di comprendere meglio questo profilo è un richiamo ed alla prassi che si è sviluppata in Italia e che ha portato la dottrina a distinguere diverse tipologie degli atti del Presidente della Repubblica, tenendo conto proprio della titolarità dell'iniziativa e dell'imputazione della decisione (e non della relativa responsabilità) al Governo, piuttosto che allo stesso Presidente. Si distinguono così, oltre agli atti dovuti, quelli d'iniziativa ministeriale (o ministeriale), quelli d'iniziativa presidenziali (o presidenziali), quelli complessi eguali (o duumvirali), a seconda del ruolo decisionale riconosciuto al Capo dello Stato in relazione al Governo; v., per tutti, L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., 466 ss. Non ci risulta che analoghe distinzioni siano state elaborate in altri ordinamenti, a conferma della peculiare posizione di forza che il Presidente della Repubblica ha più o meno costantemente occupato nella nostra forma di governo parlamentare, operando non solo come organo di garanzia, ma anche di integrazione politica, spesso per supplire al *deficit* di legittimazione e di capacità decisionale degli organi di governo, più raramente per bilanciare maggioranze politiche particolarmente forti (non considerando casi più recenti, si pensi alla decisione di Einaudi di sottrarre al Governo la scelta dei giudici costituzionali di nomina presidenziale).

⁹⁷ Come noto, una delle peculiarità della forma di governo delineata dal *Grundgesetz* è certamente quella di avere configurato, anche per la forte razionalizzazione del sistema, un Presidente Federale debole, con un ruolo marginale rispetto al Cancelliere ed alle assemblee legislative. Una funzione poco più che cerimoniale che ha trovato piena conferma nella prassi, in ragione della perdurante autosufficienza del sistema dei partiti, in grado di garantire una dinamica stabile ed efficiente dell'attività di governo. Un segnale in controtendenza si è però manifestato a seguito delle elezioni politiche del 2017, il cui esito, anche per la posizione assunta sia dalla SPD che dal FDP, rendeva molto complicata la trattativa per la formazione del governo e l'elezione del cancelliere (per la quale si dovranno attendere oltre cinque mesi, circostanza del tutto inconsueta in Germania. In quell'occasione il Presidente Steinmeier, peraltro in carica da pochi mesi, è stato chiamato ad esercitare un ruolo più attivo per favorire il superamento dello stallo politico in atto, sia mediante lo svolgimento di consultazioni con i leader dei partiti (passaggio del tutto inusuale per la Germania), sia con dichiarazioni pubbliche, con l'invito rivolto al proprio partito di appartenenza (SPD) a rivedere le proprie posizioni, ciò che poi effettivamente si realizzò. Si tratta di un precedente importante, che conferma le potenzialità di questa figura istituzionale che possono dispiegarsi in momenti che presentano profili di eccezionalità rispetto alle dinamiche ordinarie. Su tale vicenda, A. De Petris, *A bridge over troubled waters? Il presidente federale tedesco nel procedimento di formazione*

personalità dei titolari di questa carica monocratica⁹⁸.

Resta confermato che la maggiore legittimazione conferita da un'elezione popolare costituisce un'ulteriore variabile del sistema, idonea a consentire l'emersione di un ruolo rafforzato soprattutto nelle situazioni di crisi in generale e di crisi dei sistemi di partito; in questi casi, soprattutto in presenza di una disomogeneità politica al vertice delle istituzioni, pare più agevole una torsione in senso presidenziale della forma di governo parlamentare, con tutti problemi che possono derivarne.

Credo sia utile, ai fini di una migliore comprensione del funzionamento dei sistemi parlamentari, mantenere la distinzione (che assume un valore essenzialmente euristico⁹⁹) tra monarchie parlamentari, repubbliche parlamentari ad elezione indiretta del Capo dello Stato e repubbliche parlamentari con elezione del Capo dello Stato a suffragio universale, prima di passare all'enucleazione di sottotipi che tengano conto dei caratteri dei sistemi politici e delle dinamiche reali di funzionamento, ai quali non si deve comunque rinunciare.

Aggiungiamo che questa distinzione che tiene conto delle modalità di investitura del Capo dello Stato potrebbe essere ulteriormente declinata con un'analisi che scenda nel dettaglio delle discipline costituzionali, combinando poi il quadro delle attribuzioni formalmente spettanti con le modalità di esercizio in concreto, in relazione alle convezioni sviluppate in ciascuna delle esperienze considerate.

9. Riflessioni sui sistemi presidenziali

Con riguardo alla forma di governo presidenziale MV opera una scelta molto netta, delimitando il campo d'indagine al solo prototipo statunitense, considerando che la circolazione del modello in altri contesti, che presentano diversità di natura sociale politica rispetto a quello originario, ha prodotto

del governo, in *Rivista AIC*, n. 2/2018.

⁹⁸ Attingendo ancora all'esempio tedesco, va ricordato il peculiare interventismo del Presidente Horst Köhler (in carica dal 2004 al 2010 ed unico ad essere rieletto per un secondo mandato), che pretese di esercitare in modo autonomo sia il potere di grazia che quello di promulgazione delle leggi (con due rinvii), intervenendo più volte pubblicamente con dichiarazione di contenuto politico, quali la dichiarazione di sostegno ad Angela Merkel per la sua nomina a cancelliere nel 2006 e, da ultimo, sulla missione militare tedesca in Afghanistan, la prima all'estero dopo la fine della seconda guerra mondiale. Non ci pare del tutto casuale che a seguito di quest'evento, non gradito dalle forze politiche e dall'opinione pubblica e che rompeva la tradizione di un Capo dello Stato impolitico, il Presidente Köhler abbia dovuto rassegnare le proprie dimissioni.

⁹⁹ Non si deve dimenticare che la presenza di un Presidente, che gode in ogni caso di una legittimazione democratica, offre al sistema un supporto maggiore ai sistemi parlamentari, soprattutto per fronteggiare le situazioni di crisi, proprio grazie ai poteri di riserva che questa carica è chiamata ad esercitare in tali frangenti, con un'autonomia che non è consentita alle monarchie regnanti (si pensi all'assoluta estraneità del Re dalle dinamiche di formazione dei governi in Belgio, o, più di recente, alle dichiarazioni del 2017 di Felipe VI in relazione alle vicende delle rivendicazioni di indipendenza della Catalogna, eterodirette dalla posizione assunta dal Governo spagnolo).

solo forme degenerate, definibili come presidenzialiste¹⁰⁰. In definitiva, per questa forma di governo il modello finisce per sovrapporsi all'unica esperienza meritevole di considerazione, partendo dal presupposto, già ricordato, che la comparazione tra forme di governo richiede una sufficiente omogeneità tra i sistemi oggetto di analisi ed è possibile, oltre che fruttuosa, solo nell'ambito della medesima forma di Stato, quella della democrazia liberale e costituzionale consolidata. Quello di ricondurre solo gli Stati Uniti al modello di governo presidenziale è un atteggiamento piuttosto diffuso nella letteratura giuridica italiana, che, a nostro avviso, è però meritevole di una qualche riconsiderazione.

9.1 La questione del *Divided Government*

Prima di occuparci di questo profilo ci pare opportuno riflettere sulle considerazioni di MV in ordine alla forma di governo presidenziale degli U.S.A. ed in particolare su quelle concernenti le modalità concrete di funzionamento in concreto di questo regime, in relazione ad alcuni dei fattori extra-giuridici in esso presenti¹⁰¹. Non ci riferiamo tanto alla distinzione tra *Congressional Government* e *Presidential Government*, cui deve essere riconosciuto un rilievo ormai di carattere essenzialmente storico, avendo caratterizzato il passaggio dallo stato liberale puro (e isolazionista) del XIX secolo, ad una forma di Stato più complessa (non definibile, comunque, come stato sociale) e tendenzialmente poliarchica; anche per il ruolo di superpotenza, con pretese talora egemoniche, che gli Stati Uniti hanno acquistato nel corso del XX secolo, una regressione verso modalità di funzionamento del sistema incentrate sul ruolo prevalente del Congresso appaiono del tutto improbabili, potendosi al più determinare, secondo quanto si realizza in determinate circostanze, un maggior equilibrio tra i due poteri di investitura politica e di pari legittimazione che sono posti al vertice dell'ordinamento federale.

A questo proposito pare utile approfondire ulteriormente il fenomeno, che solo nel periodo più recente si è posto all'attenzione dei commentatori e che lo stesso MV tratta espressamente, che viene definito come *divided government*, che ricorre nelle circostanze in cui si registra la coesistenza tra un presidente federale e maggioranze parlamentari (almeno in uno dei due rami del Congresso) *adversary*¹⁰². Ci siamo recentemente occupati di tale questione in altra sede¹⁰³, evidenziando, anche mediante il ricorso ad una periodizzazione delle dinamiche del presidenzialismo statunitense dalla fine

¹⁰⁰ Cfr. MV, *Libertà e autorità*, 161.

¹⁰¹ Cfr. MV, *Il metodo*, cit., 151 ss.

¹⁰² Il *divided government* presenta delle similitudini con la *cohabitation* che si è manifestata nell'esperienza della Quinta Repubblica francese; tuttavia, i due fenomeni non possono essere sovrapposti tra loro e producono, comunque conseguenze diverse, in considerazione dei caratteri generali delle rispettive forme di governo; nel sistema presidenziale, infatti, la mancanza del rapporto fiduciario non determina conseguenze sul potere esecutivo, che resta nella sua totalità politicamente disomogeneo rispetto alle maggioranze assembleari.

¹⁰³ R. Tarchi, *Riflessioni sulle forme di governo*, cit., 246 ss.

della Seconda guerra mondiale sino ad oggi, come almeno negli ultimi cinquanta anni la situazione di governo diviso sia stata piuttosto ricorrente e tale da superare, in termini di durata complessiva, quella di governo omogeneo, considerato, sia in sede politica che scientifica, come la modalità normale, ordinaria e comunque preferibile del sistema americano. Senza riprendere qui i dati statistici, ci limitiamo a svolgere una sola considerazione; siamo convinti che il fenomeno del governo diviso non costituisca un'anomalia o, addirittura, una degenerazione delle regolarità di funzionamento proprie del sistema presidenziale in genere (e di quella statunitense *in species*), quanto, piuttosto, una delle possibili dinamiche implicite in questa forma di governo, proprio in ragione degli elementi strutturali che la determinano e per il modo in cui sono definiti i rapporti tra gli organi costituzionali di vertice. Basti ricordare alcune delle definizioni più utilizzate per descrivere questa forma di governo, che si regge su un costante equilibrio dinamico tra poteri deliberatamente frammentati e in contrasto tra loro, che si attraggono e si respingono di continuo¹⁰⁴; ovvero, che il modello americano, costruito sul principio della divisione/condivisione dei poteri, è integrato da un insieme di istituzioni separate che si dividono il potere¹⁰⁵, in una forma di governo caratterizzata dalla competizione e talora dal conflitto.

D'altra parte, che il governo diviso costituisca una modalità possibile e, per così dire, non eccezionale, di funzionamento del sistema americano è confermato proprio dalla prassi del suo invero e dalla ricorrenza periodica con cui questa si è manifestata nel lungo periodo; ciò non significa affermare che ciò che è reale è di per sé razionale: nel corso di queste fasi insorgono delle difficoltà, i rapporti tra gli organi costituzionali si fanno più difficili e non sono infrequenti momenti in cui si addiende ad una contrapposizione dura ed a vari e propri scontri tra il Presidente, da una parte, e le maggioranze congressuali, dall'altra, con una paralisi dei procedimenti decisionali (in particolare di quello legislativo e di quello relativo all'approvazione del bilancio federale¹⁰⁶) che ingenerano quel fenomeno che è stato autorevolmente definito come "vetocrazia"¹⁰⁷.

¹⁰⁴ H. Tribe, *The Constitutional Structure of American Government: the Separation and Division of Powers*, Mineola, 1978.

¹⁰⁵ *Separated institutions sharing power*, secondo la formula di R. Neustadt, *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York-Toronto, 1991. Ora v. anche A. Buratti, *Disegno, evoluzione ed interpretazione dei Checks and Balances nella Costituzione americana*, in G. D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 2020.

¹⁰⁶ Dal 1980 ad oggi si sono registrati 10 casi di mancata approvazione del bilancio federale nei termini perentori previsti in ragione della contrarietà del presidente, che può bloccare il procedimento utilizzando il potere di veto, con conseguente paralisi dell'amministrazione federale, il c.d. *shutdown*. Limitandoci alle presidenze più recenti si è avuto lo *shutdown* per ben due volte nei quattro anni della presidenza Trump, con una durata di ben 35 giorni nel 2018-19.

¹⁰⁷ F. Fukuyama, *I rischi della Vetocrazia*, www.aspeninstitute.it/system/files/privatefiles/2015-01/doc/024-047-Fukuyama%2067.pdf, che descrive un sistema ormai inefficace, nel quale i tradizionali meccanismi di controllo reciproco dei poteri si sono progressivamente

Il superamento di queste possibili situazioni di stallo non è, comunque, agevole, in quanto le convenzioni costituzionali più stabilizzate sono quelle relative alle dinamiche di governo omogeneo e dipende da una molteplicità di fattori, il più importante dei quali riposa sulla propensione e sulla capacità delle parti di dialogare tra loro, con una rinuncia a posizioni pregiudiziali, ciò che non sempre è possibile tenuto conto delle personalità dei protagonisti (ed in particolare dei Presidenti), poco disposti a rinunciare alla piena attuazione dei propri programmi elettorali. A questo si aggiunge la maggiore coesione che negli ultimi decenni hanno acquisito entrambi i gruppi parlamentari, sia alla Camera che al Senato, rendendo ormai poco praticabile il fenomeno del transfughismo reso possibile dalla natura dei partiti americani, del quale in passato ha potuto beneficiare più di un Presidente. Anche questo è un fattore che accentua gli elementi di contrapposizione, come dimostrano alcune vicende emblematiche, quali il mancato *advice and consent* del Senato riguardo alla nomina da parte del Presidente Obama nel 2016 di Merrick Garland quale nuovo giudice della Corte suprema¹⁰⁸; o, piuttosto, il duplice tentativo di *impeachment* intrapreso dalla maggioranza democratica della Camera dei Rappresentanti nei confronti di Donald Trump, andato a cozzare, in entrambi i casi, con la maggioranza repubblicana del Senato, fedele al proprio Presidente¹⁰⁹.

Ne consegue che il sistema procede a strappi, alternando momenti di concertazione tra le branche del potere esecutivo e le commissioni parlamentari o tra gli stessi *leader* parlamentari e i vertici dell'amministrazione federale, secondo una modalità che attenua fortemente la rigidità che sarebbe imposta dalla configurazione duale della forma di governo e momenti nei quali il Presidente cerca di recuperare un'autonoma capacità decisionale mediante il ricorso a strumenti che, per lo più, gli sono offerti dalla prassi (come gli *executive orders*, o i *signing statement*) in misura superiore

sclerotizzati, in un clima di acuta faziosità politica, che rende sempre più difficile rappresentare gli interessi della maggioranza del popolo americano.

¹⁰⁸ La proposta di Obama era presentata nell'ultimo anno del mandato, per l'esigenza sopravvenuta di sostituire Justice Scalia, improvvisamente deceduto. Pur non mancando precedenti in questo senso (in passato per cinque volte un Presidente ha nominato giudici della Corte suprema), in quell'occasione l'Assemblea parlamentare a maggioranza *adversary* ritenne di non prendere in considerazione la proposta presidenziale, che avrebbe modificato gli equilibri all'interno del massimo giudice federale, ritenendo più opportuno attendere l'elezione del nuovo vertice del potere esecutivo. Pare significativo che in precedenza solo in tre casi, l'ultimo dei quali del 1853, si sia registrata la "no action" del Senato a fronte della nomina avanzata dal Presidente.

¹⁰⁹ La prima iniziativa è del 2019, la seconda del gennaio 2021, in coincidenza con il termine del mandato presidenziale; come era già avvenuto nel caso Clinton del 1998, l'*impeachment* si trasforma in uno strumento di opposizione politica nei confronti del Presidente in una logica di scontro funzionale anche all'acquisizione di maggiori consensi elettorali. Sulle torsioni evidenti emerse nel corso della Presidenza Trump cfr. G. D'Ignazio, I rischi del populismo sovranista: il caso americano, in C. Panzera-A. Rauti-C. Salazar-A. Spadaro, *Crisi dello stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, Napoli, 2021, 83 ss.; G.F. Ferrari, *President Trump and the Congress*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 909 ss.

rispetto al passato, sia numericamente che per qualità ed importanza dei contenuti¹¹⁰.

Peraltro, rispetto anche al recente passato, nel corso delle ultime presidenze (Obama, Trump ed il primo scorcio di quella di Biden) gli elementi di contrapposizione si sono sensibilmente accentuati e, in alcuni casi, estremizzati; la minore propensione al compromesso tra Presidente e Congresso e nelle stesse aule parlamentari fotografa le profonde fratture che attraversano la società americana, con una radicalizzazione delle posizioni ben più accentuata rispetto al passato. Si può dire che il *divided government* sia lo specchio di una società divisa, *bitterly divided*, arrivata al culmine (per il momento) con l'assalto al Congresso del 6 gennaio 2020¹¹¹. Una situazione che si cumula con quello che, a nostro avviso, ha rappresentato uno dei difetti storici del sistema americano, quella dello scarso interesse di molti cittadini per la politica, storicamente confermato dall'alto e cronico tasso di astensionismo nelle stesse elezioni presidenziali (con percentuali sempre inferiori al 60% degli aventi diritto, ad eccezione delle consultazioni del 2020, nelle quali ha votato il 66,7% degli aventi diritto).

Le stagioni di *divided government*, oltre ad attenuare la rigidità del sistema, producono altri effetti, quali quello di favorire un riequilibrio nei rapporti tra poteri in misura maggiore rispetto a quanto forse consentito dal modello, determinando un rafforzamento ulteriore del Congresso, che può essere considerato senza dubbio il parlamento più influente nelle esperienze costituzionali contemporanee, facendo parlare del sistema nordamericano come “presidenziale-congressuale”¹¹². Ne consegue una sorta di paradosso; mentre le dinamiche recenti dei sistemi parlamentari (e di quelli semipresidenziali) sono andate nella direzione di un rafforzamento del potere dei governi e di accentuata regressione del ruolo delle assemblee parlamentari, tanto da far parlare diffusamente di una loro “presidenzializzazione”, la forma di governo presidenziale, caratterizzata per definizione da un esecutivo posto al centro del sistema, sembra meglio garantire l'equilibrio tra i poteri, almeno limitatamente all'esperienza

¹¹⁰ L'istituto del *signing statement* è stato rivitalizzato a partire dalla presidenza di G.D. Bush, suscitando reazioni polemiche considerate che in questo modo l'amministrazione federale è chiamata a non applicare parti di legge sgradite al presidente. Il ricorso agli *executive orders* ha ormai assunto dimensioni rilevanti, in un sistema delle fonti che lascia molto spazio a questi atti, che spesso intervengono in spazi *praeter legem*. Citiamo solo un dato il Presidente Trump ha utilizzato questo strumento in ben 220 casi, lo stesso Biden, nel solo primo anno di presidenza lo ha fatto per 75 volte. Riguardo all'importanza che possono avere, sia per i contenuti che per l'impatto politico-mediatico, credo sia sufficiente ricordare l'*Executive Order 13769*, “*Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*”, più conosciuto come “*Muslim ban*”, che, adottato nel gennaio 2017, è stato uno dei primi provvedimenti della presidenza Trump e che alla fine di una lunga e contraddittoria esame in sede giudiziaria è passato indenne al vaglio della Corte suprema federale.

¹¹¹ G. Poggeschi, *The assault on Capitol Hill of January 6, 2021: freedom of expression or rather freedom to impeach and to acquit?* *Dpce online*, n. 1/2021, 1301 ss.

¹¹² Cfr. R. A. Dahl, *Toward Democracy: A Journey*, vol I, Berkeley, 1997.

nordamericana. Ed anche per questo motivo il *divided government* non può essere valutato solo in termini negativi.

Merita di essere ricordato, in chiusura, come il fenomeno di cui stiamo parlando costituisca, da molto tempo, una modalità di funzionamento ricorrente, se non ordinaria, della maggior parte dei sistemi presidenziali ibero-americani; la comparazione ci porta quindi a riconoscere come, almeno per quanto concerne la dinamica della disomogeneità politica tra le istituzioni di vertice e il governo diviso, si sia registrato un avvicinamento tra il prototipo statunitense e gli ibridi dell'America latina. Per questi ultimi la principale ragione giustificativa del fenomeno è stata individuata nel multipartitismo tipico di questi sistemi politici, a fronte anche dell'introduzione generalizzata di formule elettorali proporzionali o miste (funzionali all'emersione, anche in termini di rappresentanza, del maggior pluralismo ideologico e politico esistente), piuttosto che maggioritari, come negli U.S.A.

La motivazione non ci pare del tutto soddisfacente: se è vero che i sistemi elettorali *plurality* favoriscono un tendenziale bipartitismo, mentre quelli proporzionali i sistemi politici multipartitici, questo ha come conseguenza solo quella di rendere più difficile la formazione di maggioranze parlamenti omogenee, coese e stabili, richiedendosi la coalizione tra una pluralità di forze politiche e gruppi parlamentari (ma la causa del *divided government*, come dimostra l'esempio americano, si può realizzare anche in regime bipartitico). Semmai il bipartitismo rafforza la dinamica oppositiva tra istituzioni controllate da forze politiche diverse e contribuisce a rafforzare il ruolo del parlamento ai fini della determinazione dell'indirizzo politico. Le maggioranze parlamentari di coalizione sono in grado di esercitare il ruolo di *adversary* con minore efficacia proprio per la minore compattezza che le caratterizza, contribuendo così ad un incremento del disequilibrio istituzionale, che rafforza ulteriormente la figura presidenziale, che può acquisire una vera e propria egemonia o, comunque, eccezion fatta per le situazioni di particolare radicalizzazione politica (come, ad esempio, il recente caso Rousseff in Brasile) può instaurare forme collaborative con le assemblee destinate a maggiore successo.

Riteniamo che, in generale, l'insorgenza del fenomeno del governo diviso sia la conseguenza anche di altri fattori, quali la dissociazione temporale tra le elezioni presidenziali e quelle parlamentari e, ancora di più, il rinnovo parziale delle assemblee legislative con consultazioni di medio termine, una regola adottata dalla quasi totalità dei regimi presidenziali, nelle quali il giudizio degli elettori è rivolto più all'operato del Presidente che non a quello dei parlamentari, come risulta in maniera esemplare proprio dall'esempio statunitense. L'analisi della prassi ci conferma, infatti, come la selezione di una maggioranza alternativa al Presidente si produca con molta più frequenza nelle elezioni di *mid term*, che esprimono la forte esigenza di *accountability* da parte dell'elettorato, chiamato, peraltro, a pronunciarsi con

scadenze (biennali) piuttosto ravvicinate tra loro, in una sorta di campagna elettorale permanente che non consente di attenuare la conflittualità politica; ciò che si riflette anche sulle dinamiche istituzionali.

9.2 *La diffusione del modello presidenziale*

Certamente più complessa e impegnativa appare l'analisi della distinzione tra forma di governo presidenziale in senso proprio e presidenzialismi, che, come ricordato MV utilizza per qualificare quella statunitense come l'unica esperienza pienamente realizzata di forma di governo presidenziale.

Il modello presidenziale è stato oggetto di una circolazione molto ampia, tanto da rappresentare oggi la forma di governo più diffusa al mondo, con oltre una sessantina di stati che l'hanno adottata. Di questi, la maggior parte, oltre che in America centrale e meridionale (ove complessivamente si contano 19 sistemi presidenziali) sono situati in Africa (26 casi) ed Asia (dove si contano una decina di esperienze), mentre in Europa questo modello non ha avuto successo, ritrovandosi solo a Cipro, sulla base della Costituzione del 1960.

Costituirebbero certamente casi di comparazione estrema quelli che prendessero in considerazione le esperienze asiatiche e, soprattutto, quelle africane, in considerazione dell'instabilità politica della quasi totalità di questi regimi, che non sono riusciti finora ad avviare in maniera compiuta una transizione verso la democrazia, che appare una meta ancora lontana e, forse, troppo difficile da raggiungere¹¹³. Con riferimento a questi contesti pare corretto mantenere integralmente la contrapposizione tra forma di governo presidenziale e presidenzialismi degenerati: il funzionamento del modello è influenzato in maniera decisiva dalle peculiarità storiche, culturali e sociali e dalla permanenza di tradizioni giuridiche non affini; si manifestano, quindi, evidenti difficoltà di funzionamento per il *deficit* di cultura democratica, le fragilità e lo sbilanciamento in favore del Presidente in assenza di una reale dialettica tra i diversi poteri. Il recepimento sul piano formale di principi propri del costituzionalismo occidentale si è tradotto in un loro snaturamento generalizzato, con una palese dissociazione tra il testo delle costituzioni adottate e la prassi operativa propria della costituzione

¹¹³ Sullo stato di salute della democrazia in Africa v. il recente saggio di R. Orrù, *Africa subsahariana: dalla "democrazia impossibile" alla "democrazia illiberale" senza passare per la "democrazia costituzionale"?* in DPCE online, n. 3/2020, 4109 ss., ove si spiega molto bene come neppure l'ultima generazione del costituzionalismo africano, del "*democratic revival*" degli inizi degli anni '90 del XX secolo non sia riuscito di per sé a garantire *good governance* e rispetto della *rule of law*; in uno scenario che non è omogeneo, troppo debole risulta nella pratica l'effettività del principio della separazione dei poteri a fronte degli ampi poteri di cui di cui ancora dispongono i Presidenti africani e del controllo che essi esercitano sui partiti dominanti nelle assemblee parlamentari. Un costituzionalismo, quindi, rimasto sulla carta, generando regimi qualificabili come "intermedi" o "democrazie illiberali", che nel periodo più recente sono ulteriormente regrediti, per ragioni dipendenti soprattutto dalla questione centrale dello sviluppo socioeconomico del Continente, ormai attratto più alla sfera di interesse cinese che a quella europea.

vivente, tanto da far parlare di “costituzioni senza costituzionalismo”¹¹⁴, oltre che di forme di governo iper-presidenziali.

All'interno di questo quadro desolante le uniche eccezioni sono costituite dalla Repubblica di Cipro e, con qualche dubbio in più, dalla Corea del sud, che, come il Giappone, viene inclusa tra le democrazie consolidate da studi importanti politologici¹¹⁵. In ordine a quest'ultima esperienza le opinioni non sono concordi; si riconosce che a seguito delle riforme costituzionali del 1987, condizionate dagli interessi strategici degli Stati uniti in estremo oriente, l'ordinamento coreano si sarebbe allineato agli standard occidentali per quanto riguarda il riconoscimento della *rule of law* (anche mediante istituzione di una corte costituzionale), il rispetto dei diritti umani, la garanzia del pluralismo politico e del principio della separazione dei poteri. La forma di governo è peculiare, in quanto il Presidente della Repubblica, eletto a suffragio universale e posto al vertice del potere esecutivo, nomina un Primo Ministro previo consenso dell'assemblea parlamentare. Le dinamiche sono comunque di tipo presidenziale, con un sistema politico bipartitico, che ha consentito l'alternanza alla guida del Paese¹¹⁶. Tuttavia, la permanenza di un sostrato culturale di matrice tradizionale, ancora ispirato dagli ideali collettivistici del confucianesimo, dei c.d. valori asiatici ed alcune recenti vicende¹¹⁷ che hanno fatto emergere l'elevato tasso di corruzione e le capacità egemoniche di una ristretta élite sociale ed economica, inducono al sospetto che quella coreana resti una democrazia di facciata, o, quanto meno, imperfetta e per questo ancora difficilmente comparabile con le esperienze prodotte dalla tradizione giuridica occidentale. Facendo riferimento alle categorie di Robert A. Dahl, la Corea del sud difetta dei presupposti per essere considerata un regime poliarchico, avvinandosi, piuttosto, al modello delle egemonie competitive.

¹¹⁴ Secondo la fortunata espressione di HWO Okoth-Ogendo, *Constitutions without constitutionalism: an African political paradox*, in D. Greenberg-S.N. Kartz-B. Oliviero-S.C. Wheatley (cur), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, 1993; successivamente, T. Groppi, *Costituzioni senza costituzionalismo. La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, in *Pol. dir.*, 2006, 187 ss.; della stessa Autrice v. Id., *Occidentali's karma? L'innesto del parlamento in contesti 'estranei' alla tradizione giuridica occidentale*, *Federalismi.it*, n. 5/2019.

¹¹⁵ A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, trad. it., Bologna, 2014.

¹¹⁶ Per riferimenti ulteriori, v. ora I. Castellucci, *La Corea*, in M. Mazza (a cura di), *I sistemi del lontano oriente*, Padova, 2019, 369 ss.; in precedenza, M. Zimbardo, *Corea*, in R. Cavaliere (a cura di), *Diritto dell'Asia orientale*, Venezia, 2008, 125 ss.

¹¹⁷ Il riferimento è al caso di *impeachment* che, nel 2017 ha portato alla destituzione della Presidente Park, che ha fatto emergere una serie di relazioni personali di tipo anche familistico poco rassicuranti. La Corea del Sud, sulla base delle valutazioni di *Freedom House*, è considerato un regime parzialmente libero, con un punteggio, nel 2020, di 67/100; si riconosce l'esistenza di un pluralismo politico reale, con un rispetto delle libertà civili, ma si segnala come l'informazione non sia totalmente libera e la corruzione sia un problema persistente, con scandali che negli ultimi anni hanno coinvolto i governi che si sono succeduti e i dirigenti delle più grandi aziende del paese. Le statistiche di *Democracy Index*, per lo stesso anno, attribuiscono un punteggio di 7.88, riconoscendo lo status di democrazia completa, a dimostrazione del valore solo indicativo e tendenziale che può essere riconosciuto a queste valutazioni quantitative.

Diverse le considerazioni relative alla Repubblica cipriota, che dal 2004 è stata ammessa nell'Unione europea, previa valutazione dei parametri di democraticità dell'ordinamento che oggi sono codificati dall'art. 2 del Trattato sull'Unione¹¹⁸. Per il numero dei suoi abitanti (circa 1.200.000 nel 2020) Cipro non è considerato da tutti un microstato¹¹⁹ e la sua situazione territoriale presenta ancora dei problemi irrisolti, a causa dell'occupazione da parte della Turchia della zona nord dell'Isola dal 1974, circostanza che ha fatto parlare di una “costituzione mutilata” per la parte in cui ci si proponeva di garantire una convivenza pacifica tra le comunità turco-cipriote e greco-cipriote; queste non sono ragioni sufficienti per escludere dagli studi sul funzionamento del modello presidenziale questa esperienza, per quanto di limitate dimensioni e di non particolare rilievo¹²⁰.

9.3 I sistemi presidenziali dell'America latina

Procedere ad una breve disamina dei sistemi presidenziali ibero-americani può invece offrire indicazioni importanti e risultare di una qualche utilità, proprio per le finalità che la comparazione persegue. Questo ampliamento di prospettiva, intanto, riduce le quelle obiezioni di eccessivo eurocentrismo, che si solito vengono avanzate quando le indagini sono confinate all'interno della tradizione giuridica occidentale, cui caratteri sono poi utilizzati come parametro di giudizio di altre esperienze che non ne fanno parte, almeno

¹¹⁸ Nell'ambito del programma di monitoraggio annualmente operato dalla Commissione europea, il “2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Cyprus”, ha verificato la sussistenza di un livello accettabile di consolidamento dello stato di diritto. Nelle valutazioni di *Freedom House* sul livello di effettiva democrazia esistente, Cipro nel 2020 ha ottenuto un punteggio eccellente (94/100); il *Democracy Index* (2020) ha qualificato Cipro come democrazia imperfetta con un punteggio di 7.60 (va precisato che anche Francia, Grecia e Italia, che ottengono punteggi di poco superiori, sono considerate democrazie imperfette).

¹¹⁹ È questa la conclusione di E. Bertolini, *I microstati*, cit., 39 ss., che limita questa categoria (non giuridica) agli stati che non superano la soglia del milione di abitanti e mille km² per variabile territoriale. Diversamente, F. Longo, Caratteristiche della Costituzione della Repubblica di Cipro (1960), in F. Longo, J. Luther (a cura di), *Costituzioni di microstati europei: I casi di Cipro, Liechtenstein e Città del Vaticano*, <http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther176.pdf>.

¹²⁰ Non possiamo qui approfondire i caratteri della forma di governo cipriota; ci limitiamo a ricordare che l'art. 1 della Costituzione utilizza l'espressa definizione di regime presidenziale, caratterizzato dall'elezione a suffragio universale sia del Presidente, di nazionalità greca che del vice-presidente (di nazionalità turca), eletti separatamente dalle rispettive comunità di riferimento; una formula istituzionale ispirata dall'esigenza di assicurare una convivenza pacifica tra i due gruppi etnici presenti sull'Isola, che ha funzionato solo per un breve periodo: a partire dal 1974 la carica di vicepresidente è sempre rimasta vacante e si procede all'elezione del solo presidente. A quest'ultimo è attribuita in via esclusiva la titolarità del potere esecutivo, nel quadro di un rapporto tra organi dello stato (in particolare nei confronti del parlamento monocamerale) modellato sul principio della separazione dei poteri inteso in senso rigido, anche se i membri del potere esecutivo, al pari dei parlamentari, dispongono del potere di iniziativa legislativa. Nonostante questa particolarità, quello cipriota può essere considerato un presidenzialismo di tipo puro, la cui dinamica risulta influenzata dalla limitata estensione dello Stato, che favorisce la diffusione di fenomeni corruttivi e di clientelismo, un'importanza rilevante delle *lobbies*, oltre ad una concentrazione dei mezzi d'informazione, come recentemente rilevato dalla Commissione europea (v. *supra*, n. 114).

interamente. In secondo luogo, pare necessario avere almeno un termine di confronto, in difetto del quale la comparazione, che richiede l'esistenza di una pluralità di oggetti, diventa impossibile.

Certamente la considerazione dei sistemi giuridici di quell'area pone importanti problemi di ordine metodologico discussi anche recentemente¹²¹, e pone il problema, cui viene data per lo più una risposta affermativa, dell'esistenza o meno di una tradizione o famiglia giuridica latino-americana, da considerare come autonoma e distinta dalle altre tradizioni¹²², pur con il rilievo che si tratti di "un realtà pretesamente unitaria" ed omogenea al suo interno¹²³.

D'altra parte, il tema delle forme di governo, in particolare di quella presidenziale, e delle loro possibili tassonomie è stato oggetto di numerose ricostruzioni da parte di giuristi latino-americani, riprese in più occasioni da importanti contributi di studiosi italiani¹²⁴.

La mancata considerazione di questi studi potrebbe essere giustificata soltanto dalla dimostrazione di una totale disomogeneità tra queste esperienze e quelle della tradizione euro-atlantica, che non ci pare possa essere affermata in questi termini, anche se in America latina continuano a persistere differenze rilevanti di carattere pregiuridico che incidono, almeno sotto il profilo della effettiva democraticità, sulla situazione di incertezza, precarietà, sospesa, per così dire, tra il peso di un passato ingombrante ed un futuro che non riesce compiutamente a realizzarsi. La metafora è quella del limbo: «sono paesi in bilico che a tratti si muovono verso l'irrobustimento delle istanze democratiche e che talvolta subiscono delle temporanee sospensioni del processo di consolidamento. Una sorta di limbo che oramai si attesta da decenni, un'eterna crisalide mai trasformata in farfalla»¹²⁵.

L'ondata di costituzionalismo che ha interessato la gran parte delle esperienze latino-americane a partire dalla metà degli anni Ottanta e fino al termine del secolo scorso, in coincidenza con la diffusa caduta dei regimi autocratici e delle dittature militari che avevano caratterizzato i decenni

¹²¹ L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación*, in *DPCE*, 1, 2018, 96 ss.

¹²² *Ex multis* cfr. G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana nel bicentenario dell'indipendenza*, in *DPCE*, 2, 2012, 326 ss.; tra i pubblicisti italiani il primo a considerare la piena autonomia di questa tradizione giuridica è stato G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, 53 ss.

¹²³ A.M. Russo, *Democrazie illiberali ed eco-etnodesarrollo in America Latina: i Pueblos indígenas e le sfide ambientali in tempi di emergenza*, *DPCE online*. 4080-4081. È sempre più evidente rispetto al passato come tradizionali fattori di omogeneità (passato coloniale e lingua comune, cattolicesimo) si siano progressivamente attenuati, facendo emergere fratture economiche, sociali e culturali sempre più evidenti tra le diverse aree del Continente (talora anche per l'accresciuto rilievo delle componenti indigene). Le ripercussioni sul piano giuridico sono inevitabili, anche se per il momento queste sembrano riguardare più i sistemi costituzionali nel loro complesso che non il piano della forma di governo che, ovunque, era e resta di tipo presidenziale.

¹²⁴ Da ultimo v. L. Mezzetti, *Ruolo ed evoluzione del Parlamento nei sistemi presidenziali latino-americani*, in R. Tarchi (a cura di), *Parlamenti e Parlamentarismo nel Diritto Comparato*, cit. 97 ss.

¹²⁵ La citazione testuale è tratta da E. Ceccherini, *Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento*, *DPCE online*, n. 3/2020, 4060.

precedenti¹²⁶, e l'avvio di questa transizione ha suscitato molte speranze se non forme di entusiasmo per un'emancipazione che non appariva più una vana speranza o un miraggio lontano. Il mutamento costituzionale si era avviato con modalità differenti da stato a stato, talora con passaggi costituenti produttivi di testi costituzionali interamente nuovi¹²⁷, o con importanti revisioni delle costituzioni in vigore¹²⁸; in altri casi, più semplicemente, mediante accordi di rinnovamento politico¹²⁹ o passaggi elettorali che hanno posto fine a lunghi periodi di egemonia di una sola parte politica¹³⁰, ma questo ha un rilievo secondario. Le speranze di un radicale rinnovamento sono andate in buona parte deluse, con una transizione che può dirsi ancora incompiuta, per quanto il percorso, in questi trenta anni, abbia seguito un andamento ciclico¹³¹, con fasi di espansione dei processi democratici e fasi involutive in senso illiberale, conseguenza di crisi economico-finanziarie ricorrenti, nonché di esiti elettorali, soprattutto relative alla scelta dei presidenti, di varia natura, che pur avendo garantito nel complesso regimi di alternanza, confermano l'accentuata polarizzazione dei sistemi politici, pur nel loro quasi generalizzato multipartitismo.

In questo lungo periodo sono comunque riemersi i difetti endemici che hanno caratterizzato il continente anche nei periodi precedenti e che neppure le politiche più progressiste sono riuscite ad affrontare in misura adeguata, anche per l'incapacità di affrontare i problemi posti dalla "giustizia di transizione", che ha confermato la cronica difficoltà di fare i conti con il passato e con le élite responsabili o sostenitrici delle involuzioni autoritarie¹³².

¹²⁶ Tra queste ricordiamo l'Argentina (1966-1983), la Bolivia (1968-1982), il Brasile (1964-1985), il Cile (1973-1990), il Perù (1968-1980).

¹²⁷ Si tratta del gruppo più numeroso di stati, comprendendo, tra gli altri, Brasile (con la Cost. del 1988), Colombia (1991), Ecuador (1998), Paraguay (1992), Perù (1993), Uruguay (1997), Venezuela (1999).

¹²⁸ Nei casi di Cile (1989) con la revisione della Costituzione di Pinochet del 1980 e Bolivia (1994).

¹²⁹ Si pensi all'importanza del *Pacto de Olivos* in Argentina, accordo siglato dai leader dei due partiti maggiori del Paese (Alfonsín per la *Unión Cívica Radical* e Menem del *Partido Justicialista*) che ha rappresentato la base per la successiva riforma costituzionale approvata nel 1994.

¹³⁰ Come per il Messico, con l'elezione, nel 2000, del Presidente Vicente Fox, del Partito di azione nazionale (PAN) che ha posto fine all'egemonia del Partito rivoluzionario istituzionale (PRI), ininterrottamente al potere dal 1929; da quel momento si è registrata una puntuale alternanza tra capi di stato espressione di partiti diversi. Anche questo passaggio politico, peraltro, è circondato da una serie di riforme istituzionali (della Costituzione del 1917 e legislative), approvate prima e dopo questo passaggio politico, risultato poi decisivo per le successive dinamiche della forma di governo messicana. Volendo, cfr. R. Tarchi, *La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla "parlamentarizzazione" del presidenzialismo?* DPCE online, n. 4/2017, 887 ss.; la questione delle difficoltà di consolidamento democratico sono ora ampiamente trattate in J.A. Amaya-L. Mezzetti (coord.), *Democracia, presidencialismo y populismo en Latinoamérica*, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, Asunción, 2022.

¹³¹ Sull'andamento ciclico delle esperienze latino-americane si sofferma anche MV, *Libertà e autorità*, cit., 90 ss.

¹³² Cfr. E. Ceccherini, cit., 4076. Il caso più emblematico è certamente quello del Cile, ove il Generale Pinochet, dopo diciassette anni di regime dittatoriale, pur abbandonando la carica

La questione è troppo complessa per essere affrontata in questa sede, anche per le diversità di ragioni e situazioni che si presentano nei singoli stati, per quanto ricorrano alcuni caratteri comuni¹³³, secondo quanto è stato messo ben in evidenza da alcuni recentissimi studi, ai quali possiamo integralmente rinviare¹³⁴.

Riprendendo alcune delle valutazioni di questi studiosi, le ragioni del perdurante *deficit* democratico sono imputabili ad una pluralità di fattori, di natura economica, politico-sociale, culturale ed anche giuridica. Tra quelli del primo tipo, nel quadro di un'economia capitalista (eccezion fatta per Cuba e Venezuela) di impronta marcatamente (se non ultra) liberista, si ricorda il mancato sviluppo industriale, con una netta prevalenza del settore agricolo, basato sul latifondo; inoltre, si può parlare di sistemi economici a sovranità limitata: la ricchezza e lo sviluppo della maggior parte di questi paesi dipende in maniera decisiva dall'esportazione di materie prime, che subiscono forti oscillazioni a seconda dell'andamento dei mercati internazionali e impedisce che si stabilizzi un livello di crescita adeguato, la c.d. *maldición de volatilidad*. Si tratta di una questione decisiva, per la ricaduta che il valore delle *commodities* anche sul piano politico interno, che nei momenti, ciclici, di depressione entrano in crisi, con un'accentuazione delle proteste popolari che generano instabilità. Nel medio periodo, poi, si determina una crescita dell'indebitamento pubblico con conseguenti interferenze della Banca mondiale e del fondo monetario internazionale, che condizionano la politica economica di questi paesi, così come fanno sia Stati Uniti che Cina, portatori di rilevanti interessi in quest'area. Questa alternanza di cicli economici, che ha delle conseguenze immediate in termini di reddito e di qualità della vita delle persone, diventa quindi un fattore permanente di instabilità politica, ciò che nuoce ad un consolidamento democratico non effimero.

Si palesa, quindi, come una situazione insormontabile quella di una precarietà economica diffusa, con un livello di concentrazione della ricchezza, disequaglianze economiche strutturali tra le più alte al mondo, come dimostra l'applicazione del coefficiente di Gini¹³⁵, cui si accompagna

di Presidente (a seguito del referendum del 1988 che lo vide sconfitto e le elezioni del 1989), rimase però a capo delle forze armate fino al 1998, per diventare poi senatore a vita, in modo da godere dell'immunità parlamentare.

¹³³ Ad iniziare dal passato coloniale, prevalentemente sotto la dominazione spagnola (e portoghese), ma anche britannica, francese e olandese; di solito quando si parla di America latina si fa riferimento alle sole aree colonizzate dalle potenze iberiche. Altro elemento comune è quello religioso: il cattolicesimo e le gerarchie ecclesiastiche hanno esercitato un ruolo, anche politico, di assoluto rilievo (spesso come religione di Stato), anche per l'orientamento ed il controllo delle masse popolari.

¹³⁴ Cfr. A. Somma, *Il diritto latinoamericano tra svolta a sinistra e persistenza dei modelli neoliberali*, in *DPCE*, 1, 2018, 59 ss.; L. Mezzetti, *Corrosione e declino della democrazia*, in *DPCE*, n. speciale, 2019, 421 ss.; S. Gambino, *Democrazia e forme di governo nelle esperienze costituzionali latinoamericane: derive illiberali o degenerazioni autoritarie?* in *DPCE online*, n. 3/2020, 4021 ss.; A.M. Russo, op. cit., 4079 ss.; E. Ceccherini, cit., 4057 ss.

¹³⁵ L'indice più utilizzato per misurare il livello di disequaglianza economica; il rapporto sulle *Perspectivas económicas de América Latina 2019*, indica un coefficiente per l'intera regione pari a 46.2, di 9.7 punti superiore ai paesi dell'OCSE. Un livello che raggiunge il

l'assenza di forme adeguate di redistribuzione dei redditi attraverso il prelievo fiscale ed un impoverimento della classe media per i costi sanitari, pensionistici, e dell'istruzione, quasi interamente privatizzati.

Alle difficoltà economiche si aggiunge il problema dell'effettivo controllo del territorio da parte delle autorità statali, reso difficile dai fenomeni di guerriglia che talora si sono manifestati, ma soprattutto dalla costituzione di forze paramilitari e da una diffusa e potente criminalità organizzata che gestisce il traffico della droga e degli esseri umani e con le risorse di cui dispone e la violenza che è in grado di esercitare impedisce una stabilizzazione democratica effettiva (si pensi al Messico). Fenomeni talora contrastati con il ricorso alla violenza di stato, messa in atto con politiche di tipo repressivo c.d. de "*mano dura*"¹³⁶.

Questo ha delle ricadute sugli assetti proprietari e sul controllo dei mezzi di comunicazione, con limiti al dispiegarsi libera informazione e conseguenti riflessi sull'orientamento dell'opinione pubblica.

Resta ancora in larga parte irrisolta la questione del rapporto tra poteri civili e militari, che ha da sempre condizionato la dinamica dei sistemi latino-americani, con l'esercito pronto a intervenire e ad assumere poteri di governo per salvaguardare gli equilibri di potere economico sociale e lo status quo. Un ruolo di garanzia che non sembra cessato neppure in questi anni, come dimostra la recente vicenda che ha interessato la Bolivia, allorché, nel 2019, i vertici militari sono intervenuti per garantire la regolarità costituzionale, chiedendo al presidente Morales, accusato di brogli elettorali da gran parte della popolazione, di dimettersi e di lasciare il Paese, svolgendo così un ruolo determinante, anche se non in direzione autoritaria come sempre era avvenuto nel passato.

Non mancano richiami a fattori antropologici, quali il familismo, il classismo, la gestione clientelare dei rapporti sociali oltre all'elevato e diffuso livello di corruzione, che costituiscono un terreno fertile per l'affermazione di politiche populiste, orientate alla conquista ed al mantenimento del potere da parte di leader carismatici, talora inclini all'autoritarismo (di diversa tendenza, come dimostrano i casi di Maduro e Bolsonaro).

Sul banco degli accusati viene messa anche la scelta incondizionata per la forma di governo di tipo presidenziale, che in assenza di un sostrato sociale e politico adeguato, induce più facilmente a forme degenerative che portano i presidenti a prevaricare sugli altri poteri. Certamente, tra le diverse forme di governo, quella presidenziale è anche la più delicata, perché postula la ricerca ed il mantenimento costante di un rapporto dialettico e di equilibri dinamici tra gli organi costituzionali, che impediscano l'assoluta primazia dell'organo monocratico. In assenza di questa ricerca e di fronte all'impossibilità di mantenere l'equilibrio richiesto, il risultato può diventare

51.3 in Brasile ed il 50.8 in Colombia, per scendere al 42.4 in Argentina e al 39.7 in Uruguay, i due paesi con diseguaglianze minori rispetto agli altri.

¹³⁶ A.M. Russo, cit.,4081.

quello di rimettere in discussione gli stessi fondamenti democratici della forma di Stato¹³⁷. A questa regolarità di funzionamento, si deve aggiungere che in questo Continente continuerebbe a manifestarsi quel fenomeno che appartiene alla storia e al patrimonio genetico, tanto da essere considerato un crittotipo o una formula politica istituzionalizzata dell'America Latina¹³⁸, noto come caudillismo, che pone *leader* carismatici in rapporto diretto con le masse, con corpi intermedi, come i partiti, che godono di uno scarso seguito popolare che li relega ad occupare una posizione marginale, con limitate capacità di integrazione sociale e di rappresentanza politica. Si osserva, infatti come nonostante le ripetute molteplici revisioni costituzionali intervenute dal momento dell'indipendenza, fino ad oggi, la scelta presidenzialista, con un'investitura popolare che lo rende *dominus* del sistema¹³⁹, sia sempre stata confermata, come si trattasse di un principio supremo non derogabile¹⁴⁰.

La conclusione andava quindi nel senso di rilevare come i testi costituzionali, rispondenti in astratto agli archetipi del costituzionalismo liberale e sociale corredato da una visione che si proponeva ambiziosi traguardi emancipatori, non sono riusciti, almeno per il momento, ad arginare rigurgiti autocratici, sancendo un disallineamento fra costituzione formale e costituzione in senso materiale¹⁴¹. Una linea di tendenza ormai stabilizzata che viene confermata dalle indagini quantitative come quella di *Index Democracy*¹⁴².

È impossibile oggi prevedere quello che sarà il futuro di questi paesi; i segnali che si ricevono non sono certo incoraggianti, anche perché

¹³⁷ Cfr. C. Martinelli, *Il ruolo del Parlamento nei sistemi presidenziali maturi*, in R. Tarchi (a cura di), *Parlamenti e parlamentarismo nel diritto comparato*, cit. 35 ss.

¹³⁸ Che viene fatta risalire al pensiero di S. Bolívar, contrario a forme assembleari di gestione del potere; cfr. G. Lombardi, *El pensamiento constitucional de Bolívar entre el constitucionalismo de la restauración y el constitucionalismo del progreso*, in *Simposio Italo-Colombiano. Pensamiento constitucional de Simón Bolívar*, Bogotá, 1983.

¹³⁹ E. Ceccherini, cit., 4064.

¹⁴⁰ Un'osservazione ricorrente nella letteratura giuridica ibero-americana; cfr. tra gli altri, J.M. Serna de la Garza, *La reforma del estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, Ciudad de México, 1995.

¹⁴¹ E. Ceccherini, cit., loc. cit.

¹⁴² Stando al rapporto stilato nel 2020, l'indice di democrazia medio per l'intera area è pari a 6.09 (per avere dei termini di confronto, quello dell'Europa occidentale è 8.29, quello dell'Europa centro-orientale di 5.36), con una lieve riduzione rispetto agli anni precedenti (era di 6.43 nel 2008). Se si guardano i dati riferiti a ciascun paese, oltre all'esistenza di due regimi definiti autoritari (Cuba e Venezuela) e 5 considerati ibridi (Bolivia, El Salvador, Guatemala, Haiti e Honduras), tutti gli altri sono qualificati come democrazie imperfette, tranne il Costa Rica, il Cile e l'Uruguay (con indici pari a 8.16, 8.28 e 8.61), considerate democrazie complete. Tra gli altri, Argentina (6.95) e Brasile (6.92) hanno registrato un arretramento rispetto al decennio precedente, mentre la Colombia ha migliorato la propria situazione (da 6.40 a 7.04).

Queste qualificazioni coincidono solo in parte con quelle di A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, cit., 75, il quale (almeno nel 2012, anno di pubblicazione del volume citato) qualificava come democrazie consolidate il Costa Rica (dal 1953), l'Argentina (dal 1984) e l'Uruguay (dal 1985); in questo gruppo sono inserite anche Trinidad, Giamaica, Barbados e Bahamas, che in senso stretto, per la loro tradizione coloniale, non possono essere considerati sistemi appartenenti alla famiglia ibero-americana.

l'arretramento dei principi del costituzionalismo occidentale liberaldemocratico costituisce un fenomeno piuttosto diffuso, che interessa anche il contesto europeo (abbiamo già accennato in precedenza ai problemi indotti dal c.d. arretramento o declino democratico).

Certamente la situazione dei presidenzialismi latino-americani non è peggiore della quasi totalità dei parlamentarismi e dei semi presidenzialismi dell'est Europa, non solo per i casi di democrazie illiberali conclamate e rivendicate come tali dagli stessi governanti (Ungheria, Polonia), ma anche per altri stati che non riescono a superare i propri limiti storici, sedimentati in un contesto sociale e politico che non consente il decollo dei principi della *rule of law* e della democrazia compiuta (quali, ad esempio, Bulgaria e Romania).

Sul piano del metodo di studio dovremmo quindi, per coerenza nella scelta degli oggetti della comparazione, estendere l'esclusione ben oltre le forme di governo ibero-americane, non considerando neppure le altre che presentano analoghe difficoltà di consolidamento democratico. Questa restrizione dell'indagine ci pare eccessiva e produrrebbe un impoverimento della stessa riflessione teorica, in un contesto sempre più globalizzato.

Peraltro, ci pare importante l'osservazione in base alla quale dagli anni '90 del secolo scorso ad oggi, se per un verso i processi di transizione in America Latina non si sono completati in modo soddisfacente, almeno dal punto di vista del giurista europeo, è altrettanto vero che non si sono registrate, se non in casi estremamente limitati, involuzioni di tipo autoritario, diversamente da quella che era stata la dinamica propria del secolo scorso. Questa attenuazione delle dinamiche regressive a noi pare un segnale incoraggiante, ove si consideri sia la sopravvenienza della crisi dei debiti sovrani nel 2010, sia la recente crisi sanitaria che hanno messo a dura prova la tenuta democratica di questi regimi, come di molti altri nel mondo.

Si può allora ritenere utile non limitare lo studio delle forme di governo alle sole esperienze che possiamo considerare democrazia consolidata, includendovi anche le democrazie imperfette (termine al nostro avviso preferibile a quello di democrazie incerte), a condizione che queste ultime, pur non avendo acquisito assetti poliarchici, operino, quantomeno come democrazie elettorali (in senso schumpeteriano), garantendo consultazioni politiche sufficientemente libere e siano in grado di mantenere l'operatività effettiva delle istituzioni di garanzia e dei controlli sull'esercizio dei pubblici poteri.

Lasciare questa porta aperta, nel senso di una maggiore inclusività, rappresenta anche un auspicio, al momento di difficile realizzazione, per un'evoluzione futura che consenta l'approdo sulle sponde di un maggiore consolidamento democratico anche di questi sistemi.

9.4. Possibili catalogazioni dei sistemi presidenziali ibero-americani in relazione all'esperienza statunitense

L'elaborazione di tassonomie finalizzate a distinguere i sistemi presidenziali sulla base sia dei loro elementi strutturali che delle dinamiche di

funzionamento viene fatta risalire al classico studio di Loewenstein¹⁴³, a partire dal quale si è avviato un intenso dibattito che ha portato numerosi costituzionalisti latino-americani a riprendere e sviluppare questa prospettiva classificatoria. Tra le diverse proposte¹⁴⁴, quella sicuramente più interessante, e, per questo, meritevole di essere ripresa è quella del giurista messicano Jorge Carpizo¹⁴⁵, sia per le premesse teoriche da cui parte, che per la completezza dell'indagine, sviluppata sia sul piano diacronico¹⁴⁶, che su quello sincronico¹⁴⁷.

La finalità dichiarata è quella di riprendere, anche per la forma di governo presidenziale, la tradizione della teorica sulle forme di governo che si è occupata dei sistemi parlamentari (dei quali vengono riprese le classiche e più conosciute declinazioni); una delle premesse principali riposa sulla natura ed i caratteri delle esperienze da considerare, limitate ai contesti democratici¹⁴⁸, con esclusione dall'indagine dei regimi autocratici, che non possono essere considerati dei sistemi presidenziali in senso proprio e con la consapevolezza che ciascuna forma di governo si rivela adatta e funzionale al paese che l'ha adottata solo se rispetta le sue caratteristiche politiche, sociali, giuridiche, storiche e culturali. Premessa, questa volta a giustificare l'esistenza di una pluralità di modelli generali (in realtà Carpizo recupera il concetto di famiglia elaborato da David), ciascuno dei quali trova poi

¹⁴³ K. Loewenstein, *La 'Presidencia' fuera de los Estados Unidos*, in *Boletín Inst. Derecho Comparado de México*, México, UNAM, año II, núm. 5, 1949, 22 ss., che distingueva tre forme di presidenzialismo: puro, attenuato e tendenziale (*aproximado*), quest'ultimo ibridato da alcuni istituti del modello parlamentare.

¹⁴⁴ Tra gli altri studi si ricordano quelli di S. Valencia Carmona, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*, México, 1979; H. Nogueira Alcalá, *Los regímenes presidenciales de América Latina, tipología y análisis crítico*, in *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 1992, 472 ss.; J. Lanzaro, *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires, 2001; D. Nohlen, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, 2003.

¹⁴⁵ J. Carpizo, *Propuesta de una tipología del Presidencialismo latinoamericano*, www.archivos.Juridicas.Unam.Mex, V., inoltre, H. Fix Fierro, P. Salazar Ugarte, *Presidentialism*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (a cura di.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, 628 ss.; A. T. Duarte Lima de Barros, *Constitutional Design, Hyperpresidentialism and the Quality of Democracy in Latin America*, http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_47911.pdf.

¹⁴⁶ Sul piano essenzialmente diacronico si muove la ricostruzione di D. Valadés, *El gobierno de gabinete*, México, 2003, che distingue un sistema presidenziale tradizionale (caratterizzato con un esercizio autoritario del potere), uno "di transizione" (nel quale si attivano controlli di tipo giurisdizionale ma le dinamiche politiche sono ancora incerte) ed uno democratico (nel quale anche i controlli di tipo politico sono funzionanti).

¹⁴⁷ J. Carpizo, cit., 25 ss. affronta anche il profilo del valore delle classificazioni elaborate utilizzando il metodo comparativo, riconoscendone l'inevitabile imprecisione.

¹⁴⁸ La nozione di democrazia che viene utilizzata richiama, oltre allo svolgimento di elezioni libere (che nei regimi autocratici non si effettuano o sono una farsa), la configurazione di un sistema costituzionale di pesi e contrappesi con il riconoscimento del principio di responsabilità per le decisioni assunte (a fronte di una forte concentrazione del potere), la garanzia dei diritti umani (rispetto ad una loro consistente violazione). Ovviamente la sussistenza di questi requisiti deve essere preventivamente verificata, con la conseguenza che molti dei regimi che si sono susseguiti nella storia dei paesi dell'America latina devono essere esclusi dall'indagine.

concretamente una pluralità di forme nelle quali storicamente può dispiegarsi¹⁴⁹.

Anche quella presidenziale è una famiglia che include una varietà di tipi che devono essere considerati: i sistemi presidenziali latino-americani, recependo il modello nord-americano ne hanno offerto una declinazione in larga parte originale, con risultati diversi rispetto al prototipo originario, diventando un'altra cosa rispetto al punto di partenza.

Già nella prima fase del costituzionalismo ottocentesco, quello che accompagna il distacco dalle potenze coloniali e l'acquisizione dell'indipendenza, non ci si limitò a replicare integralmente il modello statunitense, per l'influenza esercitata da altri fattori, quali la vigenza per un certo periodo della Costituzione di Cadice del 1812 in alcune delle ex colonie spagnole e l'influenza esercitata sulle classi politiche e intellettuali dell'epoca dal pensiero politico illuminista, in generale, e francese, in particolare. Si configurano, quindi, sistemi in parte originali, fattore che ha rappresentato una sorta di DNA che non è stato mai cancellato neppure successivamente¹⁵⁰; anche le riforme più recenti hanno mantenuto e, forse, accentuato questa distanza (anche per l'influenza delle costituzioni portoghese del 1976 e spagnola del 1978), proponendo discipline costituzionali della forma di governo sovrapponibili solo parzialmente a quella degli U.S.A.¹⁵¹

Se si guarda poi alle modalità di funzionamento, tra le differenze principali si segnala quella della rottura del sinallagma tra presidenzialismo e principio maggioritario con esecutivo monopartitico, considerata una delle caratteristiche principali del modello statunitense, in quanto uno degli aspetti ricorrenti in America latina è quello della formazione di governi di coalizione, cui generalmente si ricorre nei casi di inesistenza di una maggioranza parlamentare in grado di sostenere i programmi dei presidenti per evitare, possibilità comunque non remota, le modalità di funzionamento tipiche del governo diviso.

Il punto di partenza, quindi, si basa su questa differenza, con l'ulteriore osservazione che gli stessi presidenzialismi dell'America Latina presentano tra loro sia analogie che elementi significativi di diversità; ciascuno di loro possiede caratteri propri. Si configura, quindi una pluralità di forme di presidenzialismo latino-americano, tale da rendere necessaria una loro catalogazione.

¹⁴⁹ Cfr. anche J. Carpizo, *Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina*, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, 2006, año 7, n. 12, 14 ss.

¹⁵⁰ J. Carpizo, *En búsqueda del ADN y las influencias en algunos sistemas presidenciales y parlamentarios*, in revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/4053/5196, 2008.

¹⁵¹ Va ricordato, ad esempio, come più d'una costituzione riconosca a Presidente o a membri del potere esecutivo l'esercizio dell'iniziativa legislativa (Brasile, Ecuador, Uruguay, tra gli altri). Che, inoltre, secondo quanto riferito nel testo, la configurazione del potere esecutivo varia nei diversi sistemi, restando incentrata sulla sola figura del Presidente solo in alcuni.

L'analisi viene quindi sviluppata procedendo in una triplice prospettiva; in primo luogo, vengono identificati cinque tipi di forma di governo presidenziale, tenendo conto soltanto della disciplina giuridico-normativa, sulla base degli elementi strutturali di ciascun sistema e del modo in cui sono disciplinate le relazioni tra organi costituzionali. La classificazione risultante porta alla individuazione delle categorie seguenti:

presidenzialismo	puro
	predominante
	temperato
	con “ <i>matices</i> ” parlamentari
	parlamentarizzato

Il primo tipo adotta le regole che sono alla base della Costituzione USA, senza alterazioni riprese da altre forme di governo (gli esempi sono quelli di Messico, Brasile e, in parte Costa Rica); quello predominante altera gli equilibri tra i diversi organi costituzionali, con un rafforzamento istituzionale della figura del presidente, che assume un ruolo di vero e proprio *pivot* e dispone anche di poteri legislativi (deve essere comunque mantenuta la garanzia dei diritti fondamentali, essendo in questi casi alto il rischio di degenerazioni autocratiche); nel presidenzialismo temperato, invece, i ruoli si ribaltano a favore del Parlamento, che diventa l'organo di indirizzo politico, con il Presidente che mantiene il potere di veto. L'ultimo dei tipi indicati si caratterizza per l'innesto, sull'impianto presidenzialista, di alcuni elementi tipici dei sistemi parlamentari, quali l'esistenza di un *jefe* di gabinetto e di un governo strutturalmente distinti dal Presidente e responsabili sia nei confronti di quest'ultimo che del parlamento (come nell'esempio argentino)¹⁵²; il presidenzialismo parlamentarizzato costituisce, infine, un'ibridazione delle due forme di governo, ricorrendo anche l'istituto della sfiducia parlamentare esercitabile nei confronti del gabinetto e/o di singoli ministri e del potere di scioglimento anticipato delle camere da parte del Presidente (l'esempio è quello della Bolivia e della Colombia dopo il 1991). In generale si riconosce, tuttavia, che nella prassi questi istituti non hanno funzionato e hanno contribuito, semmai, a rafforzare il ruolo presidenziale. L'esigenza di parlamentarizzazione di questa forma di governo, quale antidoto a derive di presidenzialismo egemonico, è oggetto di ampia discussione in alcuni dei sistemi ibero-americani, come dimostra la stessa riforma costituzionale approvata in Messico nel 2014 e diventata operativa nel 2018, quale argine ad un sistema politico ormai multipartitico. La contaminazione del sistema presidenziale con elementi tratti da altre forme di governo (nel caso messicano la previsione di possibili governi di

¹⁵² Varianti che hanno portato a valutare se l'introduzione di elementi ibridi non abbia modificato la natura stessa della forma di governo: cfr. M. Monti, *Le tendenze semipresidenziali nei sistemi presidenzialisti sudamericani: Venezuela e Argentina, semipresidenzialismi dormienti? federalismi.it*, n. 9/2017.

coalizione basati su un programma ratificato dal *Senado*) persegue la finalità evidente di razionalizzazione del presidenzialismo nel senso di favorirne una maggiore flessibilità, per incrementare le sue capacità di adattamento nelle diverse congiunture politiche che di volta in volta vengono a determinarsi¹⁵³.

In un secondo momento, Carpizo procede poi alla catalogazione delle diverse esperienze di presidenzialismo guardando alle loro dinamiche funzionali, ovvero, in quella che viene definita la prospettiva dell'effettività costituzionale (*la de la realidad constitucional, el ser constitucional o la político-constitucional*) e, in particolare del ruolo che la figura presidenziale ha acquisito nella prassi. Ne risultano tre distinti sottotipi:

Presidenzialismo	egemonico
	equilibrato
	debole

Questa triplice potenzialità di funzionamento dipende da alcune variabili, identificate, rispettivamente: nel sistema dei partiti, influenzato dalle formule elettorali; nella prassi di dare vita a governi di coalizione, nella possibilità che si concretizzino stagioni di governo diviso e, infine, nel potere delle “piazze”, che, per tradizione, si sono mostrate in grado di orientare i processi decisionali pubblici, in un rapporto diretto col Presidente che marginalizza le altre forme di mediazione politica¹⁵⁴. I caratteri del sistema politico sono comunque determinanti rispetto agli altri fattori indicati, così, se si registra l'esistenza di un partito dominante, un bipartismo o un bipolarismo la forma di governo tende ad assumere modalità egemoniche, quando si produce una coincidenza politica al vertice delle istituzioni: il Presidente che esercita un ruolo guida ed è soggetto a controlli limitati, a fronte di contropoteri deboli. Storicamente si è trattato della modalità più ricorrente, che non può però essere confusa con l'esistenza di regimi autocratici, se si ha la capacità di garantire il rispetto dei diritti (tra i quali quelli politici, compresa la libertà di voto) e si mantiene l'indipendenza delle istituzioni di garanzia¹⁵⁵.

Diversamente, nelle situazioni di multipartitismo (di tipo temperato) che rendono necessaria la formazione di maggioranze di coalizione, le relazioni tra gli organi costituzionali tendono a restare in equilibrio, con una valorizzazione del ruolo delle assemblee e, se il Presidente può godere di una

¹⁵³ D. Valades, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, UNAM, 2007.

¹⁵⁴ Il caso più recente è certamente quello delle manifestazioni in Cile nel 2019-2020 (c.d. *Estallido social*), che hanno portato all'avvio del nuovo processo costituente, ma possiamo ricordare anche le proteste popolari che avversano la rielezione di Morales a presidente della Bolivia e che furono determinanti per la rinuncia di questi alla carica.

¹⁵⁵ Si tratta di un elemento decisivo per riconoscere l'esistenza di un regime democratico, per quanto imperfetto; peraltro, le istituzioni di garanzia, a cominciare da quelle giudiziarie, non sono sempre state in grado di contrastare le tendenze espansive dei poteri presidenziali, ai limiti della svolta autoritaria, come dimostrano alcuni casi recenti riportati da E. Ceccherini, cit., 4066 ss.

maggioranza parlamentare omogenea, si è in grado di garantire capacità decisionale e stabilità al sistema. Carpizo considera questo schema di funzionamento come il migliore tra quelli possibili, contribuendo a rafforzare sia la democrazia che lo stato di diritto (fasi di questo tipo si sono registrate in Costa Rica, Uruguay, Cile, Messico, Brasile, Perù).

Nelle situazioni di governo diviso, di solito ricorrenti nei sistemi di multipartitismo estremo, il Presidente incontra forti difficoltà ad esercitare i propri poteri ed il sistema istituzionale incontra difficoltà di funzionamento se non si riescono ad attivare forme di mediazione e concertazione tra Presidente e Congresso. Queste tre modalità di funzionamento possono alternarsi nello stesso paese, come dimostra l'esempio messicano dopo l'anno 2000.

Infine, si procede ad una combinazione tra i due piani precedentemente trattati, ovvero della integrazione tra disciplina costituzionale e realtà politica, così da pervenire all'enucleazione di una tabella molto articolata in grado di includere tutte le diverse esperienze che si sono concretamente manifestate e le variabili che la forma di governo presidenziale può assumere. Si tratta della prospettiva che meglio aiuta a comprendere l'universo latino-americano. Questo l'esito finale:

	puro egemonico puro equilibrato puro debole
	predominante egemonico predominante equilibrato predominante debole
presidenzialismo	temperato egemonico temperato equilibrato temperato debole
	con “ <i>matices</i> ” parlamentari egemonico con “ <i>matices</i> ” parlamentari equilibrato con “ <i>matices</i> ” parlamentari debole
	parlamentarizzato egemonico parlamentarizzato debole parlamentarizzato equilibrato.

Nella realtà, non tutte queste ipotesi, che possiedono un valore essenzialmente euristico, sono effettivamente possibili; il presidenzialismo predominante tende sempre ad essere praticato in modalità egemonica, mentre quello parlamentarizzato difficilmente potrà risultare equilibrato.

La tassonomia di Carpizo risale al 2007 e lui stesso ammoniva di considerarla come una fotografia valida fino al momento della sua; da allora

in numerosi paesi latino-americani si sono verificate vicende istituzionali e si sono avviati cicli politici che hanno apportato elementi di novità che renderebbe utile una verifica delle categorie allora utilizzate. Resta sicuramente la validità del metodo seguito, che distingue, come MV e la maggior parte dei costituzional-comparatisti italiani, il piano strutturale delle forme di governo, giuridicamente determinata e gli elementi di natura politica e ricavabili dalla prassi, utili a comprendere le dinamiche reali ma non sovrapponibili con i caratteri del modello imposti dalla disciplina costituzionale.

Conclusivamente si può ritenere come risulti tendenzialmente confermata la distinzione tra la forma di governo degli Stati Uniti e quella dei paesi a sud del Rio Grande, ma si deve riconoscere che sussistono differenze significative anche tra questi ultimi, per cui non esiste una sola forma di presidenzialismo latino-americano (se vogliamo mantenere questa definizione), ma una pluralità di presidenzialismi. L'osservazione empirica dimostra, a nostro avviso, come queste differenze non siano tanto da mettere in relazione con gli elementi strutturali dei diversi sistemi, quali la tipologia e la consistenza dei poteri presidenziali (non solo *reactive*, come nel presidenzialismo dualista a rigida separazione dei poteri, ma anche *proactive*, con il riconoscimento di attribuzioni quali l'iniziativa legislativa o di consistenti poteri normativi che hanno prodotto il fenomeno del decretismo, con una più consistente emarginazione delle assemblee legislative) o la diversa articolazione dello stesso potere esecutivo (talora monocratico, talora dualista), quanto nella progressiva estensione di formule elettorali, che, con le revisioni più recenti, hanno privilegiato la rappresentanza piuttosto che la semplificazione del sistema politico¹⁵⁶. Ne è conseguita una tendenza generale alla frammentazione politico-partitica, con enormi difficoltà per quanto riguarda la formazione di coalizioni omogenee e coese, in grado di garantire un saldo appoggio al potere esecutivo (c.d. presidenzialismo multipartitico). L'assetto multipartitico, in alcuni casi estremo, dei sistemi politici costituisce, quindi, l'elemento che distanzia maggiormente questi sistemi dal prototipo nord-americano (comunque afflitto ciclicamente da fasi di *divided government*), con l'insorgenza di quel fenomeno che è stato definito della doppia minoranza, ossia di un presidente eletto di una maggioranza ma privo del sostegno della maggioranza all'interno dell'assemblea; questo porta al blocco dell'iniziativa presidenziali, senza però che sia possibile esercitare un controllo sul presidente stesso, che a sua volta non ha la capacità di operare pressioni sulla maggioranza parlamentare non disponendo del potere di scioglimento anticipato¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Quello della debolezza dei partiti politici, ad iniziare dal profilo organizzativo, trattandosi spesso di organizzazioni dominate da leaders personalistici, che soffrono di uno scarso radicamento nella società civile e di una scarsa legittimazione, viene considerato da molti come uno dei problemi irrisolti dei regimi latinoamericani; cfr. L. Mezzetti, *Ruolo ed evoluzione*, cit., 101; S. Gambino, *op. cit.*, *passim*.

¹⁵⁷ L. Mezzetti, *Ruolo ed evoluzione*, cit., 103.

Anche questo è stato un fattore che ha contribuito all'emersione di costituzioni materiali che hanno privilegiato una sovraesposizione dei poteri presidenziali a detrimento dei parlamenti e, in alcuni casi significativi (Brasile, Bolivia, Venezuela, Argentina), che hanno generato involuzioni di tipo populista.

Fortemente limitati dagli interventi diretti, dalle iniziative e dall'ingerenza dei presidenti, solo in casi eccezionali e, tutto sommato, estemporanei, le assemblee riescono ad imporsi, al prezzo di una forte drammatizzazione se non di veri e propri conflitti istituzionali (come nei casi estremi di attivazione della procedura del *juicio político*, che in alcuni casi ha portato alla destituzione degli stessi presidenti¹⁵⁸).

10. Riflessioni sulla forma di governo semi-presidenziale: la questione dell'autonomia di questo modello

Con riguardo alla forma di governo semipresidenziale i profili sui quali pensiamo sia utile proporre una riflessione sono due; il primo attiene alla configurazione di questa forma di governo ed alla denominazione, ormai correntemente utilizzata di semipresidenzialismo, mentre l'altro attiene all'elenco delle esperienze che MV include in questa famiglia e alla individuazione dei sottotipi in relazione al funzionamento pratico ed in particolare al rapporto che si determina in concreto tra componente parlamentare e componente presidenziale.

A proposito della prima questione condividiamo pienamente la posizione di considerare quella semipresidenziale come una forma di governo autonoma e distinta dagli altri tipi, e in particolare, dal sistema parlamentare, in ragione delle peculiarità che la caratterizzano. Non si tratta di un'opinione unanime, tanto è vero che alcuni studiosi italiani e larga parte della stessa dottrina francese preferiscono ancora qualificare il regime della Quinta Repubblica come una forma di parlamentarismo razionalizzato¹⁵⁹, o di parlamentarismo a correttivo presidenziale¹⁶⁰, o di un ibrido che non genera una nuova forma di governo¹⁶¹, o, ancora, come una variante della forma di governo presidenziale¹⁶², anche in senso presidenzialista¹⁶³. Per sostenere questa posizione alcuni hanno rilevato come le intenzioni degli ideatori non

¹⁵⁸ Per la casistica si rinvia integralmente alla completa ricostruzione di F. Spagnoli, *Impeachment presidenziale in America Latina: una forma di responsabilizzazione dell'Esecutivo o un golpe istituzionalizzato?* in *DPCE online*, n. 3/2019, 2003 ss.

¹⁵⁹ B. François, *Le régime politique de la V^e République*, Paris, 2011, 29 ss., ove il capitolo reca proprio il titolo "*Parlementarisme rationalisé*".

¹⁶⁰ J. C. Colliard, *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, 1978, 280 ss.

¹⁶¹ Così, G. Rolla, cit., 82, che parla di posizione intermedia tra forma di governo presidenziale e parlamentare, con un accostamento dei pregi di queste due forme di governo.

¹⁶² C. Emeri, C. Bidégaray, *La Constitution en France de 1789 à nos jours*, Paris, 1997, 270 ss., catalogano il sistema della Va Repubblica tra i presidenzialismi.

¹⁶³ C. Leclercq, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3^o edizione, Paris, 1981; J. Gicquel e J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2007, 565, questi ultimi con riguardo alla Va Repubblica parlano di "regime presidenzialista".

era quella di costruire una nuova forma di governo (e, in questo senso, quindi, il semipresidenzialismo sarebbe una forma di governo inconsapevole), bensì di introdurre meccanismi di razionalizzazione del sistema parlamentare per renderlo più stabile, anche mediante una valorizzazione del principio della sovranità popolare¹⁶⁴.

Due osservazioni sono a mio avviso sufficienti a confutare la posizione appena richiamata: anche le forme di governo, come le norme giuridiche si distaccano dalla volontà dei loro creatori e vanno valutate, interpretate e catalogate nella loro dimensione oggettiva, in base alle regole che le definiscono. Ci pare, inoltre, che il richiamo ad un difetto di volontà da parte dei costituenti non tenga conto di una realtà storica: tutte le principali forme di governo oggi esistenti hanno avuto un'origine in larga misura inconsapevole, sia quella presidenziale (a Filadelfia l'intento era quello di riprodurre uno schema simile a quello della monarchia costituzionale inglese, anche se è notoria la posizione di Hamilton che rilevava l'analogia tra la nuova figura presidenziale con il governatore dello stato di New York, piuttosto che con il sovrano britannico), sia quella parlamentare, prima nelle versione dualista e poi in quella monista, che ha preso corpo in via di prassi, per rispondere a determinate esigenze che si erano poste in concreto e sulla base del mutamento dei rapporti di forza tra le diverse classi sociali.

Nonostante, come abbiamo visto, la diversità di opinioni si riproduca a livello definitorio, le specificità della forma di governo c.d. semipresidenziale sono evidenti, così come le differenze con quello parlamentare; nonostante alcuni elementi in comune (la relazione fiduciaria con almeno una delle assemblee legislative), l'impianto non è monista, bensì doppiamente dualista, per la comune derivazione popolare di due dei tre organi di vertice del sistema (solo uno dei quali, il Presidente, con un mandato di durata fissa) e la configurazione bicefala del potere esecutivo, giustamente definita come un'"aquila a due teste"¹⁶⁵. Non sussistono, quindi, ragioni convincenti, tali da impedire l'integrazione della modellistica tradizionale quando questa dimostra la sua inadeguatezza, come già ammoniva Elia nel 1970¹⁶⁶; al

¹⁶⁴ F. Lanchester, *Gli strumenti*, cit., 106, per il quale la c. d. forma di governo semipresidenziale costituisce una variante del sistema parlamentare della quale contiene tutti gli elementi tipici e può essere esaminata solo sotto il profilo empirico (e non teorico) come sottospecie distinta dalla forma di governo parlamentare. Cfr anche P. Biscaretti Di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 1998, 120; G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, p. 696, che parlano di parlamentarismo a "tendenza" presidenziale. Le critiche sono rivolte sia alla denominazione utilizzata considerata da alcuni ambigua (O. Duhamel, *Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel*, Paris, 1987, 158 ss.), che al concetto in sé, mettendone in dubbio la validità scientifica (J.J. Linz, *Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference*, in J. J. Linz and A. Valenzuela (a cura di), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, 1994, 3 ss. In generale v. R. Elgie, *Semi-Presidentialism: Concepts, Consequences and Contesting Explanations*, in *Political Studies Review*, vol. 2, n. 3, 2004, 314 ss.

¹⁶⁵ Così, A. Di Giovine, cit., 84.

¹⁶⁶ L. Elia, voce *Governo (forme di)*, cit., 665. Non entriamo nel merito dell'ulteriore questione che considera quale terzo elemento necessario del semipresidenzialismo l'attribuzione al Presidente del potere di scioglimento anticipato dell'assemblea parlamentare; sul punto v.

contrario, riprendendo proprio le parole di MV, la forma di governo semipresidenziale deve essere considerata come una categoria “convincente”¹⁶⁷.

10.1 Forma di governo semipresidenziale o “a componenti presidenziali e parlamentari”?

Quanto alla denominazione utilizzata, l’adozione del prefisso “semi”, ormai risalente a molti anni fa¹⁶⁸, ha riscosso molta fortuna ed è diventata di uso comune anche per la sua icastica sinteticità e per l’assonanza con le altre forme di governo, definite con un solo aggettivo.

Tuttavia, questa formula, sotto il profilo teorico, presenta a nostro avviso un limite, quello di ingenerare l’equivoco che ci si trovi di fronte ad una sorta di presidenzialismo dimezzato¹⁶⁹. Ciò che non corrisponde alla realtà, in quanto, se guardiamo almeno all’esperienza storica più consolidata, quella francese, essa ha funzionato prevalentemente, assecondando la fisiologia del sistema, in una modalità iper-presidenziale, con il Capo dello Stato che esercita il ruolo di pivot riguardo all’effettiva determinazione dell’indirizzo politico; ovvero, eccezionalmente (o almeno per periodi temporalmente più limitati), in modalità simil-parlamentari¹⁷⁰, come avvenuto nelle stagioni di *cohabitation*, che, peraltro, oggi si ritengono difficilmente riproponibili a seguito della revisione costituzionale 2001 e l’allineamento temporale delle elezioni presidenziali e di quelle dell’Assemblea nazionale (di poco successive)¹⁷¹.

Per questa ragione ci pare più corretto utilizzare l’espressione più articolata di forma di governo “a componenti presidenziali e parlamentari”, originariamente adottata dalla dottrina italiana¹⁷², che esprime meglio il carattere multivirtuale di questa forma di governo, che, combinando elementi propri del sistema presidenziale e di quello parlamentare (da cui, comunque, trae origine), può assumere modalità di funzionamento tra loro

di recente, G. Cerrina Feroni, *Il Parlamento nei sistemi semipresidenziali*, in R. Tarchi (a cura di), *Parlamento e parlamentarismi*, cit., 84.

¹⁶⁷ MV, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit., 15.

¹⁶⁸ M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, PUF, XI ed., 1970, 277 ss.

¹⁶⁹ Per analogo rilievo, C. Pinelli, op. cit., 153, che parla di una forma dualista-parlamentare, utilizzando uno schema generale divergente da quello che abbiamo seguito e condiviso nel testo; A. Di Giovine, cit., 84.

¹⁷⁰ Verificandosi tale eventualità, comunque, il Capo dello Stato mantiene comunque un ruolo di primo piano, non comparabile con quello che tale organo svolge nei sistemi parlamentari propriamente tali; cfr. A. Di Giovine, cit., 86.

¹⁷¹ MV, *Libertà e autorità*, cit., 191, ove si legge che «la riduzione della durata del mandato presidenziale e l’anticipazione delle elezioni presidenziali rispetto a quelle parlamentari hanno avuto l’effetto di esaltare la componente presidenziale della forma di governo, nella quale il Capo dello Stato svolge ormai apertamente la funzione di direzione del governo e di mettere ancora più chiaramente in risalto gli squilibri tra i poteri e la debolezza degli istituti di garanzia».

¹⁷² V. già L. Elia, voce *Governo (forme di)*, cit., 665, ripreso sul punto da A. Di Giovine, op. loc. cit.

molto diverse, come dimostrano la stessa esperienza francese e gli altri sistemi che si sono successivamente ispirati a questo modello.

Non va certo enfatizzata l'importanza di una questione terminologica: le definizioni hanno sempre un carattere stipulativo e sono utili innanzi tutto a identificare un fenomeno per distinguerlo dagli altri ed a semplificare le descrizioni; tuttavia, devono anche cogliere l'essenza (proprio in questo consiste la forma) del fenomeno considerato, senza travisarne i suoi connotati fondamentali. La difficoltà, in questo caso, deriva dall'ibridazione di elementi che appartengono a tradizioni diverse, per cui l'uso di un solo termine può apparire inadeguato a connotare la forma di governo stessa. Del resto, lo stesso MV richiama espressamente questo carattere complesso o misto di questa forma di governo e conclude riconoscendo come il termine semipresidenziale vada considerato un dogma e non esclude il ricorso ad altre qualificazioni¹⁷³. Precisiamo che nel seguito di questo scritto continueremo ad usare il termine semipresidenziale, per semplicità di linguaggio e scorrevolezza del testo.

10.2. *La circolazione del modello e l'articolazione in sotto-tipi*

La natura mista o ibrida di questo regime ne determina, evidentemente una complessità superiore rispetto alle forme di governo più tradizionali; per questo diventa necessario verificare il funzionamento in concreto dei semipresidenzialismi, che si diversifica molto nella prassi e, sotto questo profilo, l'individuazione dei sottotipi operata da MV si rivela di particolare utilità.

Questa catalogazione di secondo livello, come già detto, viene ricavata dalle effettive modalità di funzionamento di ciascuna delle esperienze astrattamente riconducibili a questo modello, proponendosi l'esistenza e la distinzione tra: un semipresidenzialismo egemonico, uno bilanciato (o a diarchia variabile) ed uno apparente¹⁷⁴. Questa triplice articolazione consente così di includere in questa categoria un numero rilevante di esperienze, ciascuna delle quali con proprie specificità, ad iniziare da quella che viene considerata come il prototipo di semipresidenzialismo, per la verità, *ante litteram*: la Germania di Weimar¹⁷⁵.

Aggiungo che per comprendere meglio le dinamiche di questi sistemi non possiamo rinunciare ad una comparazione in modalità diacronica, utile a far capire come la multivirtualità delle forme di governo a componenti presidenziali e parlamentari funzionano sul piano dell'effettività. Una riflessione che è stata sviluppata in particolar modo a proposito della Quinta Repubblica¹⁷⁶, per la quale sono state proposte periodizzazioni e definizioni

¹⁷³ Cfr. M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit., 17.

¹⁷⁴ Anche G. Rolla, cit., 83, parla di semipresidenzialismi deboli, se non apparenti, tenendo conto delle modalità concrete di funzionamento.

¹⁷⁵ Non trattiamo qui tale profilo; cfr. MV, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit., 24 ss.

¹⁷⁶ In Italia il metodo era stato già adottato da A. Giovannelli, *Aspetti della Va Repubblica da*

almeno in parte diverse tra loro, quali presidenzialismo assoluto, relativo, plebiscitario, razionalizzato, neutralizzato¹⁷⁷, ragionando sempre in ordine pieno dispiegarsi o meno del “fattore maggioritario”, risultato sempre decisivo per orientare le dinamiche istituzionali e politiche dell’ordinamento costituzionale d’Oltralpe.

Un’analisi, questa, che potrebbe essere estesa anche alle altre esperienze tradizionalmente incluse nella categoria dei semipresidenzialismi o, quanto meno, di quelle che hanno conosciuto dinamiche funzionali diversificate nel tempo (come il Portogallo, la Polonia, la Croazia), anche se la minore longevità di questi regimi e la loro evoluzione più recente in senso parlamentare può impoverire i risultati della ricerca¹⁷⁸.

Con riguardo alla prima delle tre, quella portoghese è una delle forme di governo occidentali più complesse da classificare¹⁷⁹, essendo stata definita sia come un sistema misto parlamentare e presidenziale, sia come un sistema parlamentare con correttivo presidenziale, sia come sistema parlamentare razionalizzato, oltre che come semipresidenziale in senso proprio; certamente, sulla sua configurazione hanno influito in maniera rilevante le ragioni storiche posti alla base della costituzione del 1976 e l’opzione originaria di una figura presidenziale forte, titolare sia di funzioni arbitrali che di poteri di natura politica. Tralasciando qui la ricostruzione delle diverse fasi storiche attraversate dall’esperienza lusitana, ed in particolare la transizione dal periodo iniziale (conclusosi nel 1982), a quello successivo (che ha mantenuto le medesime caratteristiche sino ad oggi), il quadro dei rapporti tra poteri costituzionali e delle rispettive attribuzioni, definisce una forma di governo con tratti di ambiguità non trascurabili¹⁸⁰.

De Gaulle a Mitterand, Milano, 1983.

¹⁷⁷ Così, M. Morabito, *Le Chef de l’Etat en France*, Paris, 1996, distingue tra presidenzialismo assoluto, relativo e coabitazione; ci pare, tuttavia, che debba ancora essere preferita la tassonomia elaborata da O. Duhamel, *Le pouvoir politique en France*, Paris, 1993, 47 (e di recente ripresa in Id., *Macron ou l’illusion de la République gaullienne*, in *Pouvoirs*, n. 166, 2018, 5) che distingue, diacronicamente, quattro diverse stagioni attraversate dalla Quinta Repubblica, ciascuna delle quali caratterizzata da modalità di funzionamento almeno in parte diversificate, tenendo conto del ruolo esercitato dal Presidente: plebiscitaria, assoluta, razionalizzata e neutralizzata. La prima modalità avrebbe caratterizzato il periodo della Presidenza De Gaulle dal 1958 al 1962, una fase storica, di passaggio e, per questo unica. La seconda si realizza quando il Presidente è il capo della maggioranza parlamentare (presidenze De Gaulle, Pompidou, Mitterand, Chirac, Sarkozy, Macron) mentre la terza registra una situazione in cui il Presidente era minoritario nella sua maggioranza o aveva in Parlamento una maggioranza solo relativa (Giscard d’Estaing, ma anche alcune fasi delle presidenze Mitterand e Hollande). L’ultima ipotesi, infine, coincide con le fasi di *cohabitation* (Mitterand, Chirac).

¹⁷⁸ Nella ricostruzione di A. Rinella, cit., 221, il Portogallo (insieme alla Finlandia – prima delle modifiche del 2000 – ed all’esperienza di Weimar, sono casi di semipresidenzialismo reale.

¹⁷⁹ Come rileva R. Orrù, *Il Portogallo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, cit., I, 231.

¹⁸⁰ Sono espressamente esclusi governi a guida presidenziale, in quanto il governo è responsabile solo di fronte al Parlamento, mentre, dopo la revisione costituzionale del 1982, il potere di revoca del Governo da parte del Presidente è limitato alla sola ipotesi in cui

In Polonia, a seguito dell'esperienza non positiva della Costituzione del 1992, che aveva configurato un sistema semipresidenziale con ampi poteri attribuiti al Capo dello Stato, interpretati e applicati in maniera estensiva dal Presidente Walesa¹⁸¹, la nuova Costituzione del 1997 opera un significativo passo indietro, con l'introduzione di istituti tipici del parlamentarismo razionalizzato, quali l'approvazione a maggioranza assoluta della nomina del primo ministro, il voto di sfiducia costruttivo, mentre il potere di scioglimento anticipato del *Sejm*, per quanto non soggetto a controfirma, può essere esercitato dal Capo dello Stato solo se ricorrono le condizioni previste dal testo costituzionale (art. 155 e art. 225)¹⁸².

In Croazia la c.d. "Costituzione di Natale" del 1990, ispirandosi direttamente al modello francese, aveva adottato una forma di governo semipresidenziale; il Presidente eletto a suffragio universale per cinque anni era titolare di poteri propri e di governo, interpretati in maniera estensiva dal primo titolare della carica, Tuddjman, per un intero decennio¹⁸³. La

questo sia necessario al fine di assicurare il regolare funzionamento delle istituzioni democratiche (art. 195.2 Cost. portoghese); inoltre, il Primo Ministro deve essere nominato sì dal Presidente, ma sentiti i partiti rappresentati nell'assemblea della Repubblica tenendo conto dei risultati elettorali; il Capo dello Stato gode di margini di scelta rilevante in ordine alla persona da nominare il primo ministro nel caso di risultati elettorali incerti, che non fanno emergere una chiara maggioranza (come da ultimo si è verificato nel 2015, allorché il Presidente della Repubblica Cavaco Silva ha affidato il mandato per formare un Governo di minoranza con l'appoggio esterno dei partiti di sinistra ad António Costa, con l'estromissione del partito di maggioranza relativa in Parlamento); inoltre, anche se soltanto su sollecitazione del Primo Ministro e quindi, presumibilmente, in ipotesi eccezionali, il Presidente della Repubblica può essere chiamato a presiedere il Consiglio dei ministri. Vanno poi considerati i rilevanti poteri di controllo, quali quello di veto sulle leggi e sui decreti governativi (quest'ultimo assoluto) e, infine la titolarità del potere di scioglimento anticipato dell'Assemblea, configurato come un potere proprio ed esclusivo del Presidente, assoggettato a limiti piuttosto circoscritti (art. 172 Cost. portoghese). Certamente è limitato l'elenco degli atti per i quali l'art. 140 Cost. richiede l'obbligo di controfirma.

¹⁸¹ Su questa esperienza cfr. A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, 1997, 266 ss.

¹⁸² Cfr. K Dunaj, *Dissolution of the Parliament according to the Constitution of the Republic of Poland*, https://www.dukonference.lv/files/proceedings_of_conf/53konf/tiesibas/Dunaj.pdf. L'attribuzione di maggiore rilievo che residua al Presidente è quella del potere di veto sulle leggi, superabile solo maggioranza qualificata (3/5 dei componenti), che può essere utilizzato per contrastare le politiche governative, anche in considerazione del carattere multipartitico del sistema politico polacco; un potere che potrebbe risultare efficace soprattutto nelle fasi di coabitazione, ipotesi che tuttavia non si è mai realizzata nel periodo più recente. L'omogeneità politica tra Presidente e Governo che si mantiene ormai da molti anni ha, tra le altre cose, impedito che il Capo dello Stato, esercitando il veto, potesse limitare le misure illiberali e limitative della *rule of law* che sono state adottate in Polonia almeno a far data dal 2015, con le prime riforme legislative volte a "catturare" i vertici di potere giudiziario ed hanno aperto un conflitto con le istituzioni europee. Sull'evoluzione polacca si sofferma MV, MV, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit., 32 ss. Che la Polonia non sia approdata definitivamente ad una forma di governo parlamentare (razionalizzata) è sostenuto da C. Filippini, *Polonia*, Bologna, 2010, 87.

¹⁸³ MV, *Il metodo*, cit., 160 usa la definizione di "presidenza imperiale"; cfr. anche Id. MV, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit., 44 ss. Ancora più severa la valutazione di L. Montanari, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. Carrozza-A. Di Giovine-G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 522, che ha parlato di interpretazione autoritaria della Costituzione da parte dell'allora Presidente croato.

svolta si registra all'inizio del nuovo secolo, con l'importante revisione costituzionale approvata nel 2000, che depotenzia il ruolo del Capo dello Stato, in particolare nelle decisioni di politica interna; diversamente in capo al Presidente della Repubblica croato vengono mantenuti rilevanti poteri in materia di politica estera (in cooperazione con il governo: art 98) e militare¹⁸⁴.

Tornando alla classificazione di MV, mi permetto di osservare che rispetto al sotto-tipo egemonico ed a quello bilanciato¹⁸⁵, a me pare che la configurazione di una categoria definita come semipresidenzialismo apparente (o parlamentarizzato), peraltro utilizzata anche da altri studiosi¹⁸⁶, non sia del tutto convincente, anche stavolta per ragioni essenzialmente teoriche, risultando difficile distinguere tra le esperienze che possono essere fatte rientrare in questo ambito, rispetto a quelle inquadrabili come sistemi parlamentari.

Se infatti ripartiamo dalla definizione originaria di semipresidenzialismo elaborata da Maurice Duverger, dobbiamo tener conto come il primo dei requisiti essenziali da considerare non si esaurisca nella elezione a suffragio universale del Capo dello Stato, ma, comprenda, come in una sorta di endiadi, l'attribuzione a questi di importanti poteri propri¹⁸⁷. Ne consegue che non ci possiamo limitare alla considerazione

¹⁸⁴ Tra le altre modifiche, l'asse del potere di scioglimento dell'assemblea parlamentare si è spostato sul Governo e la stessa maggioranza parlamentare (art. 104 Cost.); la procedura di formazione del Governo viene parlamentarizzata (art. 1099); il Presidente mantiene solo il potere di presentare proposte al Governo e di partecipare alle sue riunioni (art. 102); le attribuzioni conferite dall'art. 98 sono piuttosto circoscritte). Il depotenziamento del ruolo trova una previsione simbolica nell'art. 96.2 Cost., sulla cui base immediatamente dopo la sua elezione il Presidente deve rinunciare all'iscrizione a qualsiasi partito politico e dichiararsi indipendente. Il Presidente viene invece definito come il responsabile della difesa, dell'indipendenza e dell'integrità territoriale del Paese (art. 94) e comandante in capo delle forze armate (art. 100) e corresponsabile della gestione dei servizi segreti (art. 103). A questo si aggiungono i poteri straordinari conferiti per gestire gli stati di eccezione (art. 101). Queste attribuzioni trovano una giustificazione in chiave storica e affondano le proprie radici nel processo di indipendenza della Croazia e dell'ancora recente conflitto militare che ne è stato alla base.

Sotto il profilo della dinamica politica ci pare importante segnalare come dopo il 2010 nessun Presidente in carica sia stato rieletto per un secondo mandato e come si sia realizzata un'alternanza nella carica sia nelle elezioni del 2015 che del 2020. Un'alternanza politica che, in un sistema multipartitico, ha riguardato anche il Governo e la carica di Primo Ministro, espressione del Partito socialdemocratico e dell'unione democratica croata. Inoltre, si sono registrate sia fasi di governo omogeneo (dal 2011 al 2015 e dal 2016 al 2020) che di coabitazione, come avviene oggi con la presidenza Milanović (eletto nel 2020) proveniente dal SPD ed il Governo (di coalizione) Plenković di cui l'HDZ è il partner principale.

¹⁸⁵ Quella del semipresidenzialismo bilanciato appare una categoria evanescente, risultando difficile individuare esperienze concrete ad essa riconducibili tenuto conto delle più recenti dinamiche evolutive, come osserva lo stesso MV, *Il metodo*, cit., 159 ss.

¹⁸⁶ La categoria del semipresidenzialismo apparente (o formale) era stata utilizzata anche da A. Rinella, *e*, cit., 216 ss., che utilizzava questa qualificazione a proposito di Irlanda, Islanda e Austria.

¹⁸⁷ *Ex multis*: M. Duverger, *La nozione di regime semi-presidenziale e l'esperienza francese*, in *Quad. cost.*, 1983, 259.

della sola sussistenza dell'investitura popolare, dovendosi congiuntamente verificare anche il secondo dei profili indicati.

Per quanto la formula duvergiana sia estremamente vaga e certamente mutuata dal prototipo francese per l'individuazione dei suoi elementi costitutivi¹⁸⁸, possiamo forse ritenere che i poteri cui si fa riferimento siano quelli di intermediazione politica (sicuramente quelli nomina del primo ministro e/o del governo, scioglimento anticipato delle camere, convocazione e presidenza del Consiglio dei ministri) o di indirizzo politico vero e proprio, quali la compartecipazione al procedimento legislativo (potere di veto) ove previsti espressamente; che, per poteri propri, si intendano quelli che il presidente della Repubblica può esercitare pienamente ovvero, non siano soggetti a proposte preventive del governo e/o a controfirma ministeriale, o, almeno, che quest'ultima sia prevista solo come un mero controllo di tipo formale e non come assunzione di responsabilità politica.

Stabilito questo criterio, diventa allora necessario verificare, con riguardo a tutte le esperienze che prevedono l'elezione diretta del Capo dello Stato coniugandola con la previsione di un rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo, se i testi costituzionali integrano effettivamente questo presupposto, configurando il Presidente della Repubblica come un organo dotato, almeno sulla carta, di poteri politici e di indirizzo di una certa consistenza.

Si tratta di un'analisi che riguarda il solo piano normativo e che presenta una non trascurabile complessità; anche da un primo esame sommario, infatti, risulta con evidenza come ciascun ordinamento costituzionale adotti discipline differenziate, tanto da far richiamare la metafora che paragona questa forma di governo ad una cattedrale gotica, apparentemente omogenea nelle sue decorazioni, ma con miniature che, viste più da vicino, si differenziano l'una dall'altra¹⁸⁹. Con la conseguenza che non risulta affatto semplice distinguere quelli che potremmo definire semipresidenzialismi in senso proprio, dai semipresidenzialismi solo apparenti. Una qualificazione quest'ultima, che, conviene ribadirlo, in questa nostra riflessione non va collegata alle mere convenzioni costituzionali e quindi dall'esercizio in concreto di determinati poteri, quanto dalla titolarità delle attribuzioni astrattamente conferite.

Il risultato di questa indagine non è del tutto scontato perché in alcuni casi si possono nutrire delle incertezze in ordine alla collocazione dei singoli sistemi, ma certamente il risultato è quello di sfoltire in modo significativo l'area del semipresidenzialismo in senso proprio; non è qui possibile fornire indicazioni dettagliate e puntuali per ciascuna esperienza, possiamo solo limitarci a rilevare come siano sicuramente da qualificare come sistemi propriamente semipresidenziali la Francia e il Portogallo, oltre a Romania

¹⁸⁸ Come osservato già da A. Rinella, cit., 187 ss.

¹⁸⁹ Metafora che riprendiamo da G. Cerrina Feroni, op. cit., 89.

tra quelli dell'est Europa, mentre vadano esclusi Irlanda¹⁹⁰, Islanda¹⁹¹, Finlandia (quanto meno a seguito dell'entrata in vigore della costituzione del 2000¹⁹²) e, nei paesi di più recente democratizzazione Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Lituania, Macedonia, Moldova, Montenegro, Repubblica Ceca¹⁹³, Serbia¹⁹⁴, Slovacchia e Slovenia, per i quali la forma di

¹⁹⁰ La previsione della elezione a suffragio universale del presidente irlandese è giustificata per analogia con la monarchia britannica nel momento del distacco da questa. Questo organo non dispone di poteri di governo, ma è configurato come un Capo dello Stato che ha il compito di operare come custode della costituzione, potendo esercitare una serie di controlli sulle attività del Parlamento e del Governo. La prassi ha confermato la neutralità della figura presidenziale: cfr. D. G. Morgan, *Lineamenti di diritto costituzionale irlandese*, Torino, 1990, 101 ss.

¹⁹¹ In senso conforme A. Di Giovine, op. cit., 75, per la ragione che il Presidente dispone di un bagaglio di poteri assai modesto. Per la verità la costituzione dell'Islanda presenta un impianto del tutto peculiare, che riprende lo schema dualista tipico delle monarchie costituzionali, disponendo che "il Parlamento ed il Presidente esercitano congiuntamente il potere legislativo" e che "il Presidente ed altre autorità di governo esercitano il potere esecutivo" (art. 2 Cost. 1946); tuttavia l'art. 1 Cost. definisce l'Islanda una repubblica parlamentare. Nonostante poi non sia formalizzato il rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo. Guardando più in dettaglio le disposizioni costituzionali, sulla carta il presidente appare come la figura preminente: eletto a suffragio universale, nomina i ministri, presiede le riunioni del Consiglio di Stato, dispone sia del potere di iniziativa legislativa che di un autonomo potere di decretazione d'urgenza, stipula i trattati internazionali, convoca il Parlamento dopo le elezioni e può scioglierlo, dispone di un potere di veto sulle leggi, per limitarci solo alle attribuzioni più rilevanti. Sul piano formale si configura una forma di governo presidenziale, o addirittura un presidenzialismo in apparenza suscettibile di esporre l'ordinamento a rischi di involuzione autoritaria: così, P. Bianchi, *Gli ordinamenti scandinavi*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, cit., I, 334-335, cui si rinvia per l'esposizione delle ragioni che hanno determinato un funzionamento delle istituzioni in concreto completamente diverso da quelle indicate e consentito di realizzare una forma di governo di tipo pienamente parlamentare. Deve essere ricordato come in Islanda sia consentita la conferma del Presidente in carica senza un nuovo passaggio elettorale e come, nella prassi, questa eventualità si sia più volte realizzata, con lunghe permanenze nella carica; una regola peculiare che ha favorito la neutralizzazione del presidente della Repubblica, avvicinando la sua figura a quella di una sorta di monarca. MV, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit., 26 ss.

Va ricordato in chiusura che il progetto di nuova costituzione elaborato del 2014 e poi non entrato in vigore, modificava l'assetto di potere preesistente, ratificando le dinamiche che si sono affermate in via di prassi (cfr. F. Duranti, *Islanda: la revisione della forma di governo semipresidenziale nel progetto di nuova Costituzione*, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0064_duranti.pdf).

¹⁹² Rispetto alla situazione delineata dalla precedente costituzione del 1919, che conferiva ad un presidente eletto da un collegio di grandi elettori attribuzioni proprie in particolare nelle materie della politica estera e della difesa, con la possibilità per il Presidente di nominare e di ottenere le dimissioni del Governo o di un singolo ministro anche in difetto di una richiesta parlamentare, di sciogliere il Parlamento e di apporre il veto sulle leggi. Già nella prassi, tuttavia, le prerogative presidenziali erano finite per concentrarsi sulle relazioni di politica estera, con una valorizzazione del rapporto tra Parlamento e il governo e della relazione fiduciaria. Con le riforme costituzionali avviate nel 1982 concluse con l'entrata in vigore del nuovo testo costituzionale nel 2000, le attribuzioni presidenziali sono state drasticamente ridotte: il potere di scioglimento della Camera è stato trasferito alla competenza del Primo Ministro con il solo accordo del Presidente, mentre il potere di veto sulle leggi è stato trasformato in un semplice potere di rinvio, anche per quanto concerne la politica estera viene ora prescritto l'obbligo di cooperazione con il governo, Cfr. G. Cerrina Feroni, cit., 96, oltre, ovviamente a MV, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit., 32.

¹⁹³ Cfr. A. Di Gregorio, *Repubblica ceca*, Bologna, 2008, 63 ss.

¹⁹⁴ L'ordinamento della Serbia è tra i meno studiati in Italia e, tra quelli considerati, è

governo adottata è di tipo parlamentare. Non mancano, ovviamente casi dubbi, come quelli di Austria¹⁹⁵, Polonia (laddove la riforma costituzionale del 1997 ha ridotto il dualismo all'interno del potere esecutivo e limitato la sovrapposizione di ruoli tra Presidente e primo ministro), Croazia e, nei quali al Presidente della Repubblica sono riconosciuti poteri propri ma, probabilmente, in misura non così rilevante come sarebbe richiesto dal modello. Per questi ultimi paesi il problema parrebbe superato dalle dinamiche di funzionamento in concreto che hanno neutralizzato la figura del Capo dello Stato, estromettendolo dal circuito politico attivo, come l'analisi di MV conferma pienamente¹⁹⁶.

La situazione appena descritta potrebbe suggerire un aggiornamento dello schema proposto da MV, con una riduzione da tre a due delle categorie proposte, con la possibilità, che il semipresidenzialismo sia reale ed effettivo, con la simbiosi di elementi propri dei sistemi presidenziali e di quelli parlamentari (una multivirtualità che poi si manifesta di fatto con modalità egemoniche) o resti una possibilità virtuale o eventuale, relativamente a quelle esperienze nelle quali al Capo dello Stato eletto a suffragio universale siano conferite "attribuzioni rilevanti", ma che si sono evolute, anche se soltanto in via di fatto e su basi convenzionali, in sistemi parlamentari; per queste realtà sussiste, infatti la possibilità, certamente remota e difficile da realizzarsi (anche se nel lungo periodo è sempre difficile fare pronostici), di un'inversione di tendenza, con una modifica delle convenzioni costituzionali che recuperino un ruolo centrale per il presidente della repubblica, rendendo

l'ultimo ad avere approvato una costituzione, Dopo un lungo periodo di emergenza derivante dai conflitti in cui il Paese è stato impegnato e la discusse figure di Milosevic, al potere dal 1989 al 1987 e di Milan Milutinović, presidente dal 1997 al 2002, la Serbia ha approvato nel 2006 una Carta ispirata a valori anche liberal-democratici. La forma di governo è comunque considerata di tipo parlamentare, ma il Presidente della Repubblica è a capo delle forze armate ed ha la gestione della politica estera. Per alcuni riferimenti al sistema serbo v, anche L. Montanari, cit., 524.

Negli ultimi anni, con l'elezione alla Presidenza nel 2017 di Aleksandar Vučić, già Primo Ministro e leader del partito progressista serbo (nazionalista e conservatore), il ruolo del Capo dello Stato pare essersi rafforzato, per diventare una sorta di semipresidenzialismo di fatto, con tendenze di stampo autocratico. In quanto *leader* del partito di maggioranza relativa, Vučić ha deciso autonomamente la scelta del Primo Ministro, ed è in grado di determinare l'indirizzo politico nazionale.

¹⁹⁵ In Austria lo spettro delle attribuzioni presidenziali appare sulla carta piuttosto nutrito (nomina e revoca del cancelliere e del governo, potere di scioglimento anticipato del *Nationalrat*, possibilità di adottare atti con forza di legge ai sensi dell'art. 18 Cost.); tuttavia, ad accezione del potere di nomina e revoca del cancelliere federale, per tutti gli altri atti è prevista la proposta governativa e la necessaria successiva controfirma. Le dinamiche storiche successive al 1920 e, soprattutto, i caratteri del sistema politico che si è strutturato nella seconda metà del '900 (che ha conosciuto anche lunghe fasi di coabitazione) ha definitivamente neutralizzato il ruolo del Capo dello Stato, che è stato totalmente estromesso dalle funzioni di governo e di determinazione dell'indirizzo politico, ma prima ancora va osservato come già le stesse attribuzioni formalmente conferite non fossero paragonabili a quelli di altri presidenti eletti a suffragio universale. In dottrina v. la sintetica ma completa ricostruzione di G. Parodi, *Germania e Austria*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, cit., I, 187-188, che qualifica il sistema come semipresidenziale.

¹⁹⁶ MV, *Il metodo*, 159 ss.

effettivi quei poteri, ora latenti, di cui, sulla carta, gli sono comunque assegnati¹⁹⁷.

L'unico esempio ascrivibile al primo tipo, di semipresidenzialismo compiutamente realizzato, tenuto conto sia delle regole costituzionali che del funzionamento sul piano dell'effettività resta quindi la Francia attuale¹⁹⁸, mentre solo Portogallo e con maggiori incertezze Polonia e, soprattutto, Austria, possono essere considerati modelli di semipresidenzialismo virtuale, per quanto sia del tutto improbabile un'evoluzione in questo senso della loro forma di governo.

Soprattutto per il Portogallo non sono mancate letture secondo le quali la preminenza del blocco primo ministro-governo-maggioranza parlamentare potrebbe corrispondere ad un punto di equilibrio non definitivo di funzionamento del sistema, non potendosi del tutto escludere aggiustamenti futuri¹⁹⁹. A proposito dell'esperienza lusitana si ritiene, del resto, che essa, tenuto conto per un verso del complesso delle attribuzioni riconosciute dalla Costituzione al Capo dello Stato e, per altro verso, dell'evoluzione storica del sistema che ha escluso il Presidente dalla funzione di indirizzo politico ma ha lasciato intatti i poteri di freno e di contrapposizione, debba collocarsi in una posizione mediana tra il semipresidenzialismo apparente (simil-parlamentare) e quello a preminenza presidenziale, stile Quinta Repubblica²⁰⁰.

Resta un caso a parte quello della Romania²⁰¹, che meriterebbe un'analisi puntuale che tenga conto anche dell'effettivo tasso di democraticità finora conseguito da un sistema che viene ancora considerato come una democrazia imperfetta²⁰²; sicuramente la dinamica istituzionale

¹⁹⁷ Eventualità riconosciuta come possibile anche da MV, *Il metodo*, cit., 162, che considera l'eventualità, negli ordinamenti a prevalenza parlamentare, di cambiamenti di tipo politico, attinenti al sistema dei partiti o al verificarsi di situazioni eccezionali nelle quali il Presidente possa assumere un ruolo politico più attivo, sfruttando la forte legittimazione che gli proviene dall'elezione popolare e utilizzando fino in fondo i poteri a lui attribuiti dalla Costituzione.

¹⁹⁸ È anche la conclusione di G. Cerrina Feroni, cit., 96 ss.

¹⁹⁹ Cfr. A. Ciammariconi, *I mutevoli equilibri tra Belém e São Bento: prerogative del Capo dello Stato e progressivo rafforzamento del Primo Ministro in Portogallo*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, 121 ss.

²⁰⁰ Cfr. ancora R. Orrù, cit., 241, il quale esclude che nel contesto normativo e politico attuale possa ripristinarsi una logica di funzionamento del sistema di taglio presidenziale, ma che tuttavia la dialettica tra componente presidenziale e parlamentare trova differenti punti di equilibrio per il variegato combinarsi di contingenti fattori politici e di contesto, quali l'omogeneità politica tra maggioranza parlamentare e presidente, il grado di coesione della stessa maggioranza parlamentare, oltre alla personalità ed il rilievo politico del presidente. MV, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, cit., 48 ss.

Una differenza col sistema francese attuale ci pare rilevante. Quella della scansione temporale dei passaggi elettorali, per la diversa durata dei mandati presidenziale (5 anni) e parlamentare (4 anni) ed il divieto espresso di coincidenza di tali elezioni. Un distacco che non solo ha reso improbabile l'effetto di trascinarsi di una delle due elezioni sull'altra, ma favorito nel tempo ricorrenti periodi di coabitazione, che è diventata una modalità ordinaria di funzionamento del sistema.

²⁰¹ A proposito della quale A. Rinella, cit., 351, ha parlato di "migrazione frammentaria" del modello.

²⁰² Tale qualificazione è utilizzata da *Index Democracy*, che attribuisce alla Romania un

rumena non può essere considerata un modello e giudicata positivamente: la formula semipresidenzialista ha attivato, per lunghi tratti, una dialettica conflittuale tra i vertici delle istituzioni²⁰³, che pare ora sopita almeno in parte e non è favorita dalla dissociazione delle consultazioni elettorali, conseguenti alla diversa durata della legislatura parlamentare (quattro anni), rispetto a quella del mandato presidenziale che è diventato di cinque anni a seguito della riforma costituzionale operata nel 2003; una modifica in controtendenza rispetto a quella francese dello stesso periodo, che, semmai avvicina il modello rumeno a quello portoghese.

Questa distinzione tra forme di governo semipresidenziali reali e virtuali, che porta ad espungere da questa categoria i regimi strutturalmente parlamentare (a proposito dei quali si può certamente discutere caso per caso quali siano, non esistendo certezze assolute, con aree grigie di non facile collocazione) supera, a nostro avviso, l'obiezione che MV muoveva ad alcune ricostruzioni di taglio politologico che riducevano drasticamente l'area del semipresidenzialismo, argomentando che non si teneva conto dei presupposti giuridici propri di questi sistemi e ci si limitava a considerare il loro funzionamento nella prassi²⁰⁴.

10.3. *Il semipresidenzialismo oltre la Quinta Repubblica: una forma di governo in crisi?*

Da ultimo, partendo proprio da alcune considerazioni di MV²⁰⁵, un fenomeno che merita di essere rilevato è poi quello della regressione dei semipresidenzialismi; limitando l'attenzione ai soli stati europei, il modello francese della Quinta Repubblica è risultato particolarmente attrattivo nella terza ondata di costituzionalizzazione, quella che ha investito i paesi dell'est-

punteggio di 6.40. inferiore di oltre mezzo punto rispetto a quello fatto registrare nel 2006. *Freedoom House* parla, invece, di democrazia semi-consolidata, con un punteggio di 57/100, a fronte di una valutazione più alta con riguardo al livello di diritto di libertà effettivamente garantiti (83/100).

²⁰³ Come messo in evidenza da MV, *Il Metodo*, cit., 160, soprattutto dopo il 2007 (con la presidenza Basescu) si sono registrati vari scontri tra le tue teste dell'esecutivo ci sono stati negli ultimi anni con interventi sia della Corte costituzionale, che più volte ha avallato una lettura della forma di governo favorevole al Presidente, sia del corpo elettorale chiamato per ben due volte in poco tempo a confermare il proprio Presidente rimasto alla fine in carica per dieci anni. Cfr. anche S. Baldin, *Il referendum revocatorio del presidente della Repubblica rumena: circolazione e adattamento di un singolare istituto*, in *DPCE*, 2009, 63 ss.; Id., *I referendum arbitrari fra teoria e prassi applicative*, in *federalismi.it*, n. 19/2012. Cfr. anche L. Montanari, cit., 523.

Anche se nell'attuale legislatura (a partire dal 2019) si registra un allineamento politico tra il Capo dello Stato (Iohannis, del Partito Nazionale Liberale, in carica dal 2014 e rieletto nel 2019) ed il Governo, il fatto che alla guida di quest'ultimo si siano succeduti ben quattro primi ministri conferma un'instabilità politica endemica. Nel periodo precedente, dal 2015 al 2019, si è invece avuta una fase di coabitazione molto conflittuale, con il Governo a guida socialdemocratica e una contrapposizione che si è manifestata a più riprese, con il Presidente della Repubblica che si è schierato ripetutamente a favore delle manifestazioni popolari contro la politica dell'esecutivo.

²⁰⁴ MV, *Il metodo*, 161.

²⁰⁵ MV, *Il semipresidenzialismo*, cit., 51.

Europa dopo il 1989 (in precedenza solo la Costituzione portoghese del 1976 si era orientata in quella direzione). Dei ventiquattro stati coinvolti in questo processo, soltanto cinque (Albania, Estonia, Kosovo, Lettonia e Ungheria) hanno previsto l'elezione parlamentare del Capo dello Stato, mentre tutti gli altri l'investitura popolare (Armenia, Azerbaijan, Bielorussia, Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Croazia, Georgia, Lituania, Macedonia, Moldova, Montenegro, Polonia, Repubblica ceca, Romania, Russia, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Ucraina). Una scelta che va oltre l'adozione del modello semipresidenzialista ed accomuna anche i sistemi che assumono poi una forma parlamentare; una possibile chiave di lettura di questa tendenza generalizzata può essere individuata nell'esigenza di qualificare l'organo presidenziale come elemento di identificazione e di unità nazionale (ancora più necessaria nei processi di disgregazione della ex Jugoslavia), in una fase, quella della transizione che richiede una forte legittimazione (popolare) dei vertici istituzionali²⁰⁶.

Quest'ultimo gruppo si è progressivamente incrementato, in quanto in alcune esperienze era inizialmente prevista l'elezione indiretta del Capo dello Stato e si è introdotta quella a suffragio universale solo in un secondo momento; con una revisione costituzionale del 1999 in Slovacchia, con una del 2011 nella Repubblica ceca, senza, tuttavia, che venissero modificati i caratteri parlamentari della forma di governo, anzi, almeno nel caso della Slovacchia, con una contestuale limitazione dei poteri presidenziali, una scelta finalizzata a prevenire la possibilità di un'alterazione delle dinamiche parlamentari, ancora in fase di consolidamento²⁰⁷.

Particolarmente curioso il caso della Moldova: l'elezione popolare del Presidente della Repubblica si era tenuta già nel 1990 ed era stata confermata dalla Costituzione del 1994. Con una riforma del 2000 si era poi passati all'elezione parlamentare, modalità applicata fino al 2016, allorché una decisione della Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la modifica effettuata ben sedici anni prima, ripristinando, così, l'investitura presidenziale a suffragio diretto, secondo quanto è avvenuto proprio nel 2016 e si è ripetuto nel 2020. Più di un sintomo delle incertezze che ancora percuotono ordinamenti ancora alla ricerca di una propria identità costituzionale e di una stabilizzazione definitiva.

Non solo, in oltre la metà di questi casi al Presidente della Repubblica sono state riconosciute attribuzioni rilevanti, secondo lo schema tipico del semipresidenzialismo²⁰⁸ e anche oltre, potendosi parlare di

²⁰⁶ Cfr. L. Montanari, cit, 521.

²⁰⁷ La riforma ha seguito la chiusura della stagione dei governi guidati da Vladimír Mečiar (nel periodo tra il 1990 ed il 1998), leader del Partito popolare e fautore di politiche di impronta populista che avevano rallentato il processo di transizione e i tempi di adesione all'Unione europea. Lo stesso Mečiar non riuscirà poi ad essere eletto presidente della Repubblica, nonostante la candidatura sia nel 1989 che nel 1994.

²⁰⁸ Oltre ai casi di Polonia, Romania, Croazia, vanno ricordati quelli di Moldova, Ucraina, Bielorussia, Russia, Armenia, Georgia e Azerbaijan, che non consideriamo, trattandosi di esperienze che non possono essere incluse tra le democrazie compiute (anche se si tratta di

iperpresidenzialismo²⁰⁹. Non sempre, però, questo modello, come abbiamo già ricordato, si è radicato, con inversioni di tendenza che hanno portato a revisioni costituzionali (in Polonia nel 1997, in Croazia nel 2000-2001, in Serbia nel 2006) con le quali la figura presidenziale è stata depotenziata, con una tendenziale parlamentarizzazione delle forme di governo, che ha ridotto drasticamente l'ambito spaziale di operatività del semipresidenzialismo, che come modello effettivamente funzionante ritroviamo solo in Francia ed in contesti che assomigliano molto a democrazie di facciata o a regimi ibridi²¹⁰, se non a forme più o meno latenti di autocrazie o democrazie (come talora sono qualificate sia la Russia che l'Azerbaijan, anche se si tratta di regimi sostanzialmente autoritari).

11. Brevi riflessioni sulla Quinta Repubblica francese

Come abbiamo rilevato nel paragrafo iniziale, l'interesse di MV per la quinta Repubblica francese risale alla prima monografia, edita nel 1979 e, da allora, non è mai venuto meno. Non intendiamo riprendere e discutere le numerose questioni che si sono poste nel corso di oltre sei decenni, ma solo formulare delle valutazioni di carattere generale che si aggiungono a quelle già effettuate in precedenza a proposito della forma di governo semi presidenziale complessivamente considerata e, semmai mettere in rilievo alcune delle questioni che più recentemente si sono poste.

Già nel primo scritto dedicato all'argomento, MV, recuperando il bonapartismo come categoria giuridica²¹¹, formulava un giudizio certamente non positivo nei confronti della costruzione di un sistema che, allora, non aveva ancora trovato una piena legittimazione da parte dell'intero arco del sistema politico francese; legittimazione che si realizzerà pienamente soltanto nel 1981, con l'elezione di Mitterrand all'Eliseo e la realizzazione dell'alternanza politica.

Questa valutazione non si è modificata nel corso del tempo, nonostante i numerosi passaggi, dettati dai mutamenti che hanno interessato il sistema dei partiti francesi e le non trascurabili revisioni costituzionali operate. Basta leggere, in proposito, alcuni degli interventi di MV sulla stampa quotidiana,

paesi, eccezion fatta per la Bielorussia che è un regime autocratico, membri del consiglio d'Europa).

²⁰⁹ Il riferimento oltre che all'autocrazia bielorussa va alla Russia, per la quale la Costituzione del 1993 ha dato vita ad un regime iperpresidenziale (cfr. MV, *Il semipresidenzialismo*, cit., 51) nel quale il principio della divisione dei poteri recede rispetto all'unità del potere statale, del quale il Presidente della Repubblica è il custode assoluto. V., M. Ganino, *Russia*, Bologna, 2010; Id., *Le forme di governo dei Paesi dell'Europa centro-orientale*, in L. Mezzetti-V. Piergigli, *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme costituzionali in Italia*, Torino, 1997, spec. 382 ss.

²¹⁰ Quali i casi di Armenia, Georgia, Moldova, Ucraina, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Macedonia del nord almeno secondo le statistiche di *Index Democracy*, e questo non distinguendo tra forme di governo parlamentari e semipresidenzialismi.

²¹¹ Del resto, il titolo stesso del volume, *La democrazia autoritaria*, è evocativo e sintomatico delle contraddizioni insite in questa forma di governo.

nei momenti caldi in cui si discuteva delle possibili riforme istituzionali da adottare in Italia, tra le quali molti proponevano di guardare al sistema della Quinta Repubblica come un modello da imitare. La posizione di MV è molto chiara, osservandosi come il semi presidenzialismo alla francese sia risultato un sistema geneticamente squilibrato, nel quale il Capo dello Stato viene a sommare i poteri del Presidente degli Stati Uniti con quelli del primo ministro inglese e che, pertanto la forma di governo non funziona come semi, ma come ultrapresidenziale. L'unica eccezione è rappresentata dalla cosiddetta coabitazione tra il presidente un governo espressione della maggioranza parlamentare, che ha rappresentato tuttavia una modalità eccezionale di funzionamento delle istituzioni francesi. Questo difetto di equilibrio tra i poteri costituzionali ha tra i suoi effetti anche quello di deprimere la partecipazione politica dei cittadini²¹². Come ribadito anche in seguito²¹³, la costruzione e il funzionamento delle istituzioni francesi sono derivate da peculiarità storiche e personali non riproducibili altrove e, pertanto, quello della Quinta Repubblica non può essere considerato un modello da esportazione, utile a garantire una maggiore governabilità, in un momento storico nel quale le crisi istituzionali sono soprattutto la conseguenza di un deficit di rappresentanza²¹⁴ e di partecipazione politica che ha portato al distacco dalle istituzioni di decine di milioni di persone.

Di questo squilibrio strutturale, che registra la soggezione dell'Assemblea nazionale al potere esecutivo e garantisce uno scarso rilievo dall'opposizione parlamentare, sacrificando la rappresentanza di movimenti politici che hanno un seguito popolare molto ampio, si ha piena consapevolezza nella stessa Francia, tanto è vero che si è cercato di intervenire con una revisione costituzionale, quella del 2008, per favorire un certo riequilibrio istituzionale, sia tra governo e Parlamento, sia l'interno di quest'ultimo, con un rafforzamento dei diritti delle minoranze e dello statuto dell'opposizione. Si tratta, però, di una riforma che non ha sortito gli effetti sperati; le relazioni istituzionali preesistenti non hanno subito modifiche degne di rilievo, confermando come l'ingegneria costituzionale da sola sia inadeguata e insufficiente a modificare costumi politici consolidati, che trovano la loro sintesi in prassi e convenzioni sedimentate e, come tali, difficili da rimuovere o almeno modificare in maniera apprezzabile.

Peraltro, si può segnalare come la revisione costituzionale del 2008 si sia posta in controtendenza rispetto a quella immediatamente precedente del 2001, che abbiamo già ricordato. L'allineamento della durata del mandato presidenziale a quello dell'Assemblea nazionale e la sequenza dei passaggi elettorali (consultazioni presidenziali prima, parlamentari immediatamente dopo), ha infatti prodotto l'effetto di una ulteriore presidenzializzazione del

²¹² Stralci tratti da MV, *Quel modello ultrapresidenziale, il manifesto*, 5 giugno 2013.

²¹³ MV, *La semplificazione presidenzialista, il manifesto*, 14 aprile 2018.

²¹⁴ Il dato più eclatante riguarda proprio il *Front National*, che a fronte di oltre il 13% dei consensi ottenuti al primo turno delle politiche del 2017, è riuscito ad eleggere solo otto parlamentari, un numero insufficiente anche per formare un gruppo autonomo.

sistema; nelle quattro occasioni in cui queste nuove regole sono state finora applicate (2002, 2007, 2012, 2017) gli esiti hanno garantito un allineamento politico tra il Capo dello Stato e la maggioranza parlamentare, che solo in un caso non è stata assoluta (presidenza Hollande).

In questo stesso periodo, forse anche in conseguenza dell'adozione di queste nuove regole, si sono registrati dei cambiamenti importanti nella dinamica istituzionale della Quinta Repubblica, che hanno interessato sia il piano politico che quello più strettamente istituzionale.

Riguardo al primo si deve parlare di una vera e propria crisi del sistema dei partiti storici (in particolare quelli di sinistra) che aveva prodotto un bipolarismo, funzionale alle dinamiche di questo regime. Questi equilibri sono venuti a mancare dall'inizio di questo secolo, senza che si sia prodotta una nuova e definitiva stabilizzazione. Così, all'iniziale bipartitismo, peraltro imperfetto, dei primi anni 2000, ha fatto sistema tripartito, che si è ulteriormente evoluto in un multipartitismo tendenzialmente esasperato, sia per il numero dei nuovi movimenti nati dalla scomposizione delle forze politiche tradizionali, sia per la presenza di un forte partito antisistema²¹⁵. Un fenomeno, quest'ultimo, che risale già al 2002, allorché, l'allora leader del *Front National* di Jean-Marie Le Pen, fu messo in grado di sfidare al ballottaggio, il Presidente uscente, Chirac, la cui riconferma si ottenne per la composizione di un fronte repubblicano e antifascista, che ruppe la tradizionale frattura tra la destra a trazione gollista e la sinistra a trazione socialista²¹⁶.

Nel periodo più recente il multipartitismo è stato neutralizzato dalla comparsa di un partito dominante, creato appositamente per sostenere l'ascesa di Macron e di favorirne l'elezione nel 2007; una sorta di partito personale, trasversale a tutti gli schieramenti politici (moderati), di impronta marcatamente neo-liberale, che ha conquistato la maggioranza assoluta dei seggi all'Assemblea nazionale ed ha garantito al Capo dello Stato, nonostante le fibrillazioni e le ricomposizioni interne registrate in corso di legislatura (considerato il carattere composito ed eterogeneo di questa nuova maggioranza derivante dalle scelte di comodo operate da alcuni leaders e dai tempi limitati per la sua composizione), di imporre il proprio indirizzo politico, secondo la classica modalità iperpresidenzialista, rafforzata dall'inconsistenza (soprattutto parlamentare) delle opposizioni politiche. Questo è stato, semmai, un elemento, di novità, che, almeno inizialmente ha

²¹⁵ Secondo quanto confermato dal duplice passaggio elettorale del 2017. Al primo turno delle elezioni presidenziali si sono presentati ben undici candidati, nessuno dei quali è riuscito a raggiungere il 25% dei voti espressi (Macron, il più votato ha raggiunto il 23,39%), con una frammentazione del voto tra i quattro più votati, tra i quali lo scarto in termini percentuali è stato minimo. Al primo turno delle elezioni politiche le liste presentate sono state diciannove, otto delle quali hanno ottenuto un risultato significativo in termini di voto ed un aumento dei voti delle forze radicali di destra di sinistra (47% totale al primo turno delle presidenziali).

²¹⁶ Da allora il *Front National*, pur con fasi alterne, è diventato uno dei protagonisti della scena politica francese ed è stato uno dei fattori, quale partito antisistema; nelle elezioni per il Parlamento europeo del 2014 è stato addirittura il partito più votato dai francesi

fatto sollevare la questione del ritorno ad una presidenza *jupiterien*, cui però commentatori autorevoli non hanno creduto sin dall'inizio e che poi è stata smentita in concreto dall'azione presidenziale²¹⁷. Il Presidente è diventato, ormai, un organo governante, che ha finito per mettere in ombra l'altra faccia dell'organo, quella che lo riconosce come il rappresentante dell'unità nazionale e come soggetto *super partes*.

La situazione che si determinata è, però, soprattutto la conseguenza delle regole elettorali, quelle prodotte dal sistema *majority* (per la presidenza e, soprattutto, per l'Assemblea nazionale) particolarmente selettive, che sacrificano, a mio giudizio in maniera eccessiva, la rappresentanza, con una distorsione molto forte tra i rapporti di forza reali tra le forze politiche e le componenti sociali e quelli proiettati nei luoghi istituzionali, nei quali si dimostra poi una perdurante incapacità di cogliere e filtrare le istanze provenienti dalle diverse componenti della società.

Inoltre, il carattere trainante della scelta del Presidente e lo svilimento delle elezioni parlamentari, valorizzando ulteriormente la centralità del ruolo presidenziale (il Presidente viene a godere di un'ampia maggioranza parlamentare e rafforza la sua posizione di capo effettivo del potere esecutivo) rispetto a quello degli altri poteri, da luogo ad un sovraccarico di aspettative sul presidente eletto, che poi vengono sistematicamente deluse dalla accresciuta complessità delle questioni da risolvere e dell'incremento del tasso di conflittualità sociale. Ne consegue che, nel giro di poco tempo subentra una disillusione che produce un pesante calo di consensi nell'opinione pubblica, come testimoniato dai sondaggi di posizioni estremiste, tra i quali il più noto è stato certamente quello dei *gilet jaunes*, che ha rappresentato, però, solo la punta di un *iceberg* ed il sintomo di un malessere più esteso e profondo, che si è manifestato anche nel crescente distacco dei cittadini dalla politica, come dimostrano i dati relativi all'astensionismo elettorale, che, soprattutto nel 2017, ha raggiunto numeri significativi, in un sistema che, per come è congegnato, già di per sé tende a deprimere la partecipazione politica dei cittadini.

La situazione appena descritta non è stata priva di conseguenze sul piano istituzionale; nel 2012 il Presidente Sarkozy non è stato rieletto (l'unico precedente era quello di Giscard d'Estaing nel 1981) ed il suo successore, in considerazione dello scarso consenso di cui godeva, non ha

²¹⁷ Cfr. O. Duhamel, *Macron ou l'illusion de la République gaullienne*, cit., 5 ss. che si interrogava sulle novità indotte dalle elezioni del 2007, proponendo astrattamente tre scenari; nel primo l'elezione di Macron si risolve in una esperienza parentetica, che porta al suo fallimento; la seconda registra una riuscita del tentativo con la rinuncia ad una visione *Jupiterienne/macronienne* che alla fine, porta una ricomposizione della dialettica politica tra destra e sinistra (come fu per Gaulle dopo il 1962), con un ritorno alla Quinta Repubblica "reale"; infine, la stabilizzazione di questo nuovo quadro politico con una polarizzazione tra globalisti e populistici, con destra e sinistra alleati contro le forze antisistema, nei cui confronti si è fatta valere finora una sorta di *conventio ad excludendum* (c.d. *dediabolisation*). Un'eventualità, quest'ultima (quella che oggi pare la più probabile anche nell'immediato futuro) che porta Duhamel a ritenere che la Quinta Repubblica, pur restando in vita, subisca un cambiamento profondo.

riproposto la propria candidatura nel 2017, fatto inedito per la Quinta Repubblica.

Altra questione di rilievo è quello dell'instabilità ministeriale, che compensa la durata fissa del mandato presidenziale²¹⁸; si tratta di un fenomeno che ha caratterizzato questa esperienza fin dalle sue origine, ma che negli anni più recenti sembra essersi accentuato, con il primo ministro ed il governo che fungono da parafulmine dell'impopolarità del Presidente, in un sistema che scinde il potere di determinazione dell'indirizzo politico da quello della conseguente responsabilità per le decisioni prese, responsabilità che, eventualmente, può essere fatta valere solo con una mancata rielezione, per un secondo mandato, del Capo dello Stato.

Ci pare utile riproporre le conclusioni cui MV perveniva nel 2017²¹⁹, che non nutriva dubbi sulla permanenza della Quinta Repubblica, con l'elezione popolare del Presidente ed il conferimento di un'ampia maggioranza al movimento da lui creato. Questo stato di cose, seppur contrassegnato da alcuni elementi di novità rispetto al passato, lascia aperte le questioni degli squilibri istituzionali, addirittura aggravate per il Parlamento dal livello raggiunto dall'astensionismo, e della riduzione del consenso sociale al sistema politico-istituzionale. Perciò sulla futura evoluzione della Quinta Repubblica vi sono certezze minori di quelle che possono apparire a prima vista e vi è la necessità di avere un serio spirito critico.

Nel corso della primavera del 2022 si procederà a nuove elezioni ed al momento non si hanno certezze assolute sul loro possibile esito politico, in conseguenza degli ulteriori sviluppi che hanno ulteriormente complicato il quadro politico sia sul fronte della destra che dell'estrema destra e soprattutto della bassa percentuale di voti che al momento si ipotizza sufficiente ai candidati presidenti per conquistare il ballottaggio (secondo i sondaggi si attesa poco sopra il 20%, come nel 2017); non ci pare però verosimile ed ipotizzabile un cambiamento di tendenza rispetto alle dinamiche ultrapresidenziali che ormai consolidate, con il perdurare degli squilibri istituzionali che ne rappresentano il corollario diretto.

12. Breve riflessione finale

Vorrei concludere con una considerazione di tipo personale, relativa alla mia percezione di MV come giurista; dalla lettura dei suoi lavori, oltre che dalla conoscenza personale ormai di lunga data, si percepisce la tensione morale

²¹⁸ In sintesi: nel corso del quinquennato di Sarkozy si sono avvicendati cinque governi, con due diversi Primi ministri; in quello di Hollande sono stati cinque, presieduti da tre diverse personalità; con la Presidenza di Macron i governi sono stati tre e due i Primi ministri che si sono avvicendati. La media della durata dei ministeri è di circa un anno: si tratta di una questione sulla quale, forse, non si è riflettuto abbastanza quando si parla di stabilità istituzionale e di governo.

²¹⁹ MV, *Le elezioni presidenziali ali francesi: crisi del sistema politico e incognite istituzionali*, cit., e soprattutto, Id., *La Quinta Repubblica dopo le elezioni: incertezze e interrogativi*, cit.

che ha sempre accompagnato la riflessione scientifica, una tensione propria di un giurista impegnato anche civilmente e politicamente, che non riduce il diritto a mero tecnicismo. Una tensione morale che mi fa ricordare uno dei miei maestri, Alessandro Pizzorusso, che considero un esempio per il rigore e l'impegno con cui si è costantemente prodigato lungo tutto il corso della sua vita.

Credo che una conferma diretta di questa *forma mentis* di MV si possa ritrovare in uno scritto di una decina di anni fa²²⁰, nel quale vengono messi a nudo i caratteri ed il prolungato stato di crisi del nostro sistema politico e, prima ancora, della società civile italiana. Si tratta di un'analisi impietosa, senza sconti: MV usa espressioni quali imbarbarimento della vita civile in Italia, richiamando il degrado economico, sociale, valoriale, etico, culturale, civile e politico, elementi che paiono essere diventati fattori endemici della nostra realtà. Non solo, si osserva l'inesistenza di etica pubblica, tanto nei cittadini, quanto nella classe dirigente, con l'emersione di una classe politica che può essere considerata uno specchio della società attuale, ma si tratta di una "magra consolazione": il suffragio universale dovrebbe consentire ai cittadini di eleggere i migliori, non dei replicanti del livello medio della comunità che esprime i propri rappresentanti.

L'analisi di MV è riferita, in particolare, agli anni più recenti, caratterizzati dal successo del berlusconismo e da una metamorfosi profonda che dalla metà degli anni '90 del secolo scorso ha scosso il nostro sistema politico che non ha più saputo trovare degli equilibri soddisfacenti, se non proporre ripetutamente grandi riforme della nostra Costituzione, considerata, erroneamente, come la principale responsabile dei nostri mali.

Non vogliamo indulgere in una sorta di pessimismo millenaristico, ma per quanto ci riguarda siamo persuasi che le radici di questo degrado siano ben più risalenti del tempo e costituiscano delle peculiarità quasi ataviche della società italiana, come ricostruito da studi teorici recenti²²¹.

²²⁰Si tratta di un saggio dal titolo evocativo: *I barbari siamo noi? Una riflessione sui costumi incivili degli italiani*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2010.

²²¹ Il riferimento è a S. Natoli, *Antropologia politica degli italiani*, Brescia, 2014, ove si richiamano alcuni dei mali atavici della società italiana, a cominciare da quello del ricorrente trasformismo. L'analisi muove dall'insegnamento di Guicciardini, teorico di quel *particolare* (tra i riferimenti troviamo però anche Giacomo Leopardi, sul cui pensiero politico v. ora M. Luciani, *Lo sguardo profondo. Leopardi, la politica, l'Italia*, Modena, 2017) e di quella frammentazione non solo politica dell'Italia di allora. Connotato che ritroviamo anche oggi, nei propositi politici dei partiti e nei loro rapporti, oltre che in alcune dinamiche sociali piuttosto diffuse. Scontiamo così le conseguenze di un ritardo evolutivo che non ha favorito l'emergere e il distribuirsi di poteri diffusi e con essi di quel bilanciamento conflittuale che nell'Occidente è stato il terreno pratico in cui sono maturate le democrazie. Per Natoli fin dagli esordi della modernità il carattere degli italiani è stato determinato dall'assenza di senso dello Stato, e quindi da una scarsa fiducia nelle istituzioni, e dalle conseguenze di un decollo tardo e limitato del capitalismo, e con esso della sua etica. Circostanza che ci obbliga a fare i conti con una assenza di Stato laico e con l'inesistenza della cultura liberale conseguente. Tutti nodi che stanno venendo al pettine con il manifestarsi preoccupante delle conseguenze di una debole efficienza media del sistema, cui si accompagna, senza più riuscire ad essere antidoto, il perpetuarsi di una tradizionale mentalità familistica, tutta interna al modello della famiglia mediterranea.

A dieci anni di distanza lo stato di cose descritto da MV non può certo dirsi migliorato, la situazione attuale continua ad essere caratterizzata da un imbarbarimento impressionante; ma non bisogna cadere nella rassegnazione, oggi è necessario più che mai un sussulto civico.

Allora MV proponeva di recuperare un nuovo modello di sviluppo, un insieme di valori condivisi, di valorizzare la cultura della ricerca, di recuperare la legalità con il rispetto dei doveri oltre che la pretesa dei diritti; soprattutto l'esigenza di un «ritorno alla Costituzione come patto fondamentale che garantisce la convivenza civile». Certamente si sfida l'utopia: si tratta di un libro dei sogni? Probabilmente, ma proprio per questo MV richiamava la necessità di un impegno personale quotidiano, volto a praticare i valori del civismo della dignità in concreto, in funzione esemplare.

Una ricetta che condivido, un impegno ed un invito che sottoscrivo pienamente.

Rolando Tarchi

Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Pisa
rolando.tarchi@unipi.it

